Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul



Ano 37 - n. 200
Abril a junho de 2016



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 37 - n. 200 - Abril-Junho de 2016

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 37, n. 200

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. 200 (2016)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Composição do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente - Des. João Maria Lós

Vice-Presidente - Des. Paschoal Carmello Leandro

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Julizar Barbosa Trindade

Tribunal Pleno (em 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. Romero Osme Dias Lopes

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. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

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

Dr. Jairo Roberto de Quadros (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

A POSTURA DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Carlos Alberto Garcete 007

APORTES SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO SISTEMA AUTOCOMPOSITIVO.

Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Jônatas Luiz Moreira de Paula 016

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA POTENCIAL EFICÁCIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Luan Carlos de Oliveira Ribeiro 034

CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL COMO NOVA MODALIDADE (JUDICIAL) DE MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

Carlos Alberto Garcete 043

DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE RELATIVA À POSSIBILIDADE JURÍDICA

Bruna Bossay Assumpção Fassa 051

Jurisprudência Cível 080

Jurisprudência Criminal 653

Noticiário 886

Índice Onomástico 936

Índice de Assuntos 942

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A POSTURA DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Carlos Alberto Garcete[1]

Resumo: Este artigo apresenta as principais características do sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro, com a finalidade de situar a atuação do juiz criminal dentro desse espectro. Essa relação de conformidade entre a postura do juiz criminal com o modelo acusatório é de total relevância porque referido sistema está atrelado aos alicerces da teoria garantista, forjada pelo Estado Democrático de Direito sobre o qual se funda a República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Constituição Federal. Estado Democrático de Direito. Processo Penal. Sistema acusatório. Juiz.

Abstract: This article presents the main features of the accusatory system adopted by the Brazilian criminal procedure, in order to situate the role of the criminal judge within this spectrum. This relationship of conformity between the criminal judge's posture with the accusatory model is of utmost importance because this system is linked to the foundation of the guarantee theory, forged by the Democratic Rule of Law which the Federative Republic of Brazil is founded in.

Key-words: Federal Constitution. Democratic Rule of Law. Criminal Procedure. Accusatory system. Judge.

1 SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Neste artigo, abordam-se, singelamente, três espécies globais de sistemas de investigações no Processo Penal — inquisitório, acusatório e misto —, conquanto existam outras que, obviamente, são empregadas com maior ou menor densidade, como, *ad exemplum,* o sistema adversarial empregado no direito americano e inglês.

A propósito, importante dizer que está longe de haver uniformidade quanto à construção doutrinária do que seriam os modelos inquisitório e acusatório, visto que todos os dados baseiam-se em elementos históricos que podem variar de acordo com o ângulo da pesquisa e as fontes utilizadas pelo pesquisador.

Ao depois, oportuno registrar que, entre esses dois sistemas, houve uma alternância histórica durante os séculos por força de regimes políticos. Para Luigi Ferrajoli[2], o processo penal da Antiguidade, tal como se configurou na Grécia e na Roma republicana, tinha estrutura acusatória, haja vista o caráter privado da acusação e a consequente natureza arbitral do juiz. Essa causa era de iniciativa do ofendido, que tinha o ônus da prova e de produzir sua acusação. Somente com a Roma Imperial é que se passou a desenvolver os procedimentos de ofício para os *delicta publica*, sobretudo nos casos de *crimina laesae majestatis* de subversão e conspiração.

No mesmo período histórico, nasceria, ainda, o sistema inquisitório, desenvolvido *ex officio,* por força de magistrados que exerciam funções delegadas. Posteriormente, o processo voltaria a ser acusatório, diante das jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais.

1 Doutorando em Direito Processual Penal – PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado – PUC/RJ. Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande-MS.

2 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 521.

No século XVI o processo inquisitório difundiu-se por toda a Europa para todos os tipos de crimes, com práticas de torturas, intrigas, milícias togadas e todas as modalidades de arbitrariedades.

Com a Revolução Francesa, o sistema acusatório volta à carga, por conta da ação popular, do júri, do contraditório, da publicidade e da livre convicção do juiz, com uma fase posterior de índole inquisitória, a sinalar para um "processo misto", ou seja, inquisitório na primeira fase e acusatório na segunda[3].

Vale lembrar que, até os dias atuais, o direito canônico se caracteriza pelo sistema inquisitório.

2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório pode ser conceituado, em linhas gerais, como aquele no qual o juiz atua de ofício à cata de provas, sem qualquer limite para a sua produção, mediante instrução escrita e secreta, sem qualquer contraditório e direito de defesa (Luigi Ferrajoli[4]).

De acordo com Francesco Carnelutti[5], este sistema foi extremamente marcado pela luta travada diretamente entre juiz e imputado, daí por que denominado inquisitivo puro. Este magistrado agia sem limites, na colheita de provas, como verdadeiro inimigo estatal do imputado.

A classificação do sistema inquisitório pode ser feita tanto do ponto de vista histórico, como do ponto de vista teórico. Do primeiro, o tópico anterior apresentou uma pequena ideia de sua evolução. Quanto ao plano teórico, o sistema inquisitório se evidencia: a) pela iniciativa do juiz na produção de provas; b) pela disparidade de poderes entre a acusação e a defesa; c) pelo caráter escrito e secreto da instrução; d) pela figura do investigado como objeto da prova.

A compreensão sistêmica do modelo inquisitório exige do intérprete que associe o entendimento da dimensão política da época de sua aplicabilidade com o método de investigação respectivamente praticado naquele período. Nesse sentido, é forçoso concluir que o sistema inquisitório é conciliável com a concepção absolutista de Estado, pois, nesta forma, existe a primazia inexorável do Estado em detrimento de garantias individuais do investigado ou acusado. Consoante Geraldo Prado[6]:

> A maior parte da doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal — de acusar, de defender e julgar — em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcala-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme [...]; procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade de o juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova.
>
> Não custa colocar em relevo a observação de Franco Cordero, sobre este período e acerca do emprego da tortura. Nota o jurista italiano que provido de instrumento virtualmente irresistíveis, o inquisidor tortura os pacientes como quer: dentro do seu marco pessimista o animal humano nasce culpado.

3 FERRAJOLI. *Op.cit.,* p. 522.
4 *Op.cit.,* p. 520.
5 CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal.** v. 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2004. p. 217.
6 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2006. p. 87-8.

Depreende-se que o sistema inquisitório é um modelo histórico e obsoleto, não compatibilizado com o arquétipo evoluído de Estado Democrático de Direito. Por essa razão, somente subsiste em países de regimes autoritários e totalitários, nos quais há subversão de direitos e garantias fundamentais e inexistência de liberdades públicas.

3 SISTEMA ACUSATÓRIO

O surgimento moderno do Estado de Direito fez enterrar de vez o modelo inquisitório, visto que restou *"desacreditado — principalmente — por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar"* (Aury Lopes Jr.[7]).

Na atualidade, o sistema acusatório é aquele pelo qual o modelo de persecução se faz mediante total respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado e do acusado, em processo público e transparente, com um juiz devidamente investido em suas funções (princípio do juiz natural) e afastado da produção da prova, cuja atribuição da carga é do órgão acusador. Assegura-se, no sistema acusatório, a paridade de armas e o juiz é o verdadeiro guardião constitucional do respeito aos direitos fundamentais. Em Luigi Ferrajoli:

> [...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. [...][8]

Destaca-se que, no modelo acusatório, o juiz deve ser apenas o receptor da prova produzida para que não se contamine com a sua coleta direta, tal como se dava no método inquisitório. Aury Lopes Jr. relembra:

> Como explica J.Goldschmidt, no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material aqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte desse modo em um litígio, e o exame processado não tem outro significado que o de outorgar audiência[9].

No espectro acusatório, o juiz deixa de se juntar à acusação e exercer seu verdadeiro papel de julgador, preservando-se de forma equidistante das partes, descomprometido com a coleta de provas, cuja carga recai sobre o órgão acusador criado para essa finalidade. A atividade do juiz é marcadamente imparcial.

A função do julgador no sistema acusatório, como guardião dos direitos fundamentais, é primordial não apenas para deixar de produzir provas para o órgão acusador, mas, também e principalmente, para assegurar a todo tempo a paridade de armas. Para Francesco Carnelutti, o que sedimenta o sistema acusatório puro é este balanceamento[10]:

> O grave perigo de injustiça, que daí se segue, denuncia a inferioridade do tipo inquisitório e determina sua substituição pelo tipo acusatório, cujo caráter consiste, por sua vez, não tanto na presença da acusação, quanto na mediação da acusação e da defesa entre juiz e imputado. [...]

7 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 158.
8 *Op.cit.,* p. 521.
9 *Op.cit.,* p. 165-6.
10 *Op.cit.,* p. 217.

Por isso que, dessa análise histórica antes vista, o sistema acusatório consolidou-se nos Estados Democráticos de Direito por respeitar globalmente os direitos humanos e, uma vez internalizados, os direitos e garantias fundamentais e as liberdades públicas.

A Constituição da República de 1988 se apresenta com esses contornos em que se respeitam direitos fundamentais e, no âmbito do processo penal, se desemboca na teoria garantista e no consequente sistema acusatório, conforme menciona José Frederico Marques[11], ao observar que a Carta Magna optou pelo sistema acusatório, ao prestigiar o fundo político democrático-liberal de suas origens.

4 SISTEMA MISTO

Houve, no passado, períodos em que, nos procedimentos investigatórios, existira uma mescla entre o sistema acusatório, mas grandes resquícios autoritários no modo de captação das provas de um fato noticiado criminoso. Os pesquisadores costumam classificar esse sistema como "misto". Um exemplo disso pode ser notado na seguinte lição de Luigi Ferrajoli:

> [...] Foi portanto natural que a Revolução Francesa adotasse (...) o sistema acusatório (...). Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos de revolução. Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida aquele 'monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório', que foi o assim denominado 'processo misto', com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase[12].

No entanto, até hoje, há correntes doutrinárias que invocam o "sistema misto" como uma subespécie que se fincaria entre os sistemas inquisitório e acusatório, sob o argumento de que, nenhum ordenamento jurídico, adota exatamente o modelo inquisitório clássico, tampouco o modelo acusatório puro.

Surge, também, o argumento de que, no Brasil, haveria um sistema misto, porquanto teríamos duas fases, quais sejam (i) da investigação preliminar, que seria inquisitorial, e (ii) da fase processual, com característica acusatória. Anota Rogério Lauria Tucci[13]:

> [...] o moderno processo penal delineia-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório.

Entendemos — como afirmado no capítulo que tratou do sistema inquisitório — que esse modelo é histórico, e não mais subsiste em países que seguem a estrutura de Estado Democrático de Direito.

O fato de existir uma investigação criminal preliminar — quer seja feita pela polícia judiciária, Ministério Público ou qualquer outra instituição que tenha tal atribuição — não quer dizer que a primeira etapa, de *per si*, siga o sistema inquisitorial, porquanto esta tem características "autoritárias", violadoras dos direitos e garantias fundamentais, sendo o investigado encarado como "objeto" da investigação.

11 MARQUES, José Frederico. **O Processo Penal na Atualidade. Processo Penal e Constituição Federal. S**ão Paulo: Acadêmica: 1993, p. 17-8.
12 *Op.cit.,* p. 521-2.
13 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44-5.

No Brasil, conquanto ainda seja importante desenvolver bastante o modelo acusatório — notadamente no tocante à investigação defensiva —, o procedimento preliminar assegura respeito ao investigado e a seus direitos, o qual sempre poderá socorrer-se da proteção judicial em caso de lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV).

O equívoco em sustentar-se a existência de um modelo misto até hoje consiste na inobservância do "núcleo fundante" dos sistemas inquisitório e acusatório, tanto que aqueles que apontam, ainda hoje, a existência de um sistema misto não apresentam uma identidade para essa pseudoespécie, como ressalta Mauro Fonseca Andrade:

> O fato de ser híbrido e marcadamente *multiforme* leva os seguidores dessa corrente a não apresentarem uma descrição concreta do sistema misto. Como justificativa, afirmam que essa característica conduziria a uma variação de seus elementos quase ao infinito, dificultando a possibilidade de se encontrarem dois sistemas idênticos ou uniformes. Como já disse Valiante, *'non esiste una strutura mista única'*[14].

Com efeito, não haverá, na atualidade, em nenhum ordenamento jurídico, sistemas de investigação que se encaixem como luva nas características históricas de outrora. Cabe ao pesquisador investigar o núcleo fundante e concluir por qual modelo a ordem jurídica de determinado país se filiou. Nesta etapa, surge a importância do papel do jurista, que deve contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico de um Estado moderno. De conformidade com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

> [...] Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há — e nem pode haver — um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entende-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. [...][15]

Segue-se que não há que se falar, no Brasil, em sistema misto de investigação criminal, visto que o procedimento preliminar não tem características inquisitoriais.

5 O JUIZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A importância de tratar do tema acima destacado repousa na necessidade de, a partir da compreensão inicial das diretrizes básicas dos sistemas de investigação — especialmente o inquisitório e o acusatório —, possa a figura do juiz criminal ser compatibilizada com o "devido processo penal" do país. Nas palavras de Rogério Lauria Tucci:

> Assim concebido, especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes *garantias*: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal[16].

14 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 422.

15 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro.** p. 5. Disponível em: http://www.revistas.ufpr.br > Acesso em: 26 jul. 16.

16 *Op.cit.,* p. 61.

Em nossa ordem jurídica, o sistema adotado é o acusatório, como anotado em tópico anterior, pelo que a atuação do juiz criminal deve estar afeiçoada a esse modelo, e não a características de índole autoritária, o que muitas vezes ocorre de maneira até inconsciente — fruto da cultura inquisitória —, e por estar convencido que esse proceder se compatibilizaria com o anseio "utilitarista" da sociedade órfã.

O primeiro aspecto a estar atento é que a ação penal não é deflagrada de ofício pelo Estado-juiz, mas por órgão constitucionalmente criado para tanto — Ministério Público —, de modo que é preciso estar atento à natureza jurídica do processo como "situação jurídica[17]" (James Goldschmidt). A ação penal é provocada pelo órgão acusador e este tem a atribuição pela carga probatória em juízo diante da aludida situação jurídica do processo.

Ao depois, é mister observar que o figurino consentâneo ao juiz do sistema acusatório deve estar imunizado de eventuais influxos que lhe cercam em suas atividades cotidianas, uma vez que, como ressabido, a mencionada "neutralidade" do magistrado é uma grande falácia por refugir à própria "característica humana"[18], tanto que, em seu imo, acaba por ter opiniões, ideologias e convicções formadas sobre os mais diversos assuntos. Na verdade, deve o juiz ter "imparcialidade" — que significa, de acordo com Werner Goldschmidt[19], colocar entre parênteses as considerações subjetivas do julgador — e postura no processo que se compatibilize com essa característica.

A problemática da incompatibilidade do juiz do modelo acusatório com esse sistema se dá quando este profissional entende que sua atuação é mais profícua para a sociedade ao se juntar ao órgão acusador na produção de provas, tal como ocorria antanho, quando da atuação ativista do juiz inquisidor (lógica inquisitória).

Nessa acumulação indevida de funções (produtor de provas + julgador), seu convencimento estará contaminado: sua atuação futura, certamente, buscará ratificar suas hipóteses; o processo tornar-se-á mero instrumento contemplativo, pois a culpa estará consolidada de antemão; tudo que praticar estará virtualmente direcionado para aquilo que irá decidir.

Por isso, o juiz do sistema acusatório deve cumprir o "princípio dispositivo", segundo o qual a gestão das provas recai sobre as partes, máxime sobre a acusação (*nulla accusatio sine probatione*), visto que é só na regência do "princípio inquisitivo" que se justifica um juiz que tenha responsabilidade pela gestão probatória. Vale dizer: no sistema acusatório, o juiz criminal não deve ser agente protagonista do processo penal na produção da prova.

É preciso entender que, com a Constituição de 1988, a República conferiu a atividade da investigação à Polícia Judiciária, e ao Ministério Público a titularidade, em regra, da ação penal, razão pela qual ao *Parquet* recai a atribuição exclusiva da carga probatória de determinado fato penalmente relevante. Não é o juiz, no devido processo penal, quem deve preocupar-se em perseguir a prova da acusação, acreditando, com essa ambição probatória, estar sendo eficiente quando assim o faz. O Ministério Público é parte exatamente "criada" no processo penal, como diria Francesco Carnelutti[20], para exercer a função ativa no processo penal e, como assinala Joaquim Canuto Mendes de Almeida[21], para afastar o juiz dessa função.

17 GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil (Teoria Geral do Processo).** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 145-9.

18 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/2052 > Acesso em: 25 jul. 16: *"(...) é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio 'raciocínio' das máquinas computadorizadas.*

19 GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso* (La Partialidad y la Parcialidad). Disponível em: <*http://www.academia-dederecho.org*> Acesso em: 25 de mai. 2016.

20 CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal. Traducción de* Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960. Disponível em: http://www.nparangaricutiro.gob.mx> Acesso em: 31 de mai. 2016.

21 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Ação penal (análise e confrontos).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 37.

Quando o juiz se junta à acusação para produzir provas, desnivela a balança do processo e, por autoridade própria, deixa de ser o garantidor da paridade de armas, para ser o protagonista da violação dessa garantia. O juiz é o destinatário da prova e essa é a única postura que se espera de um magistrado quando se opera no sistema acusatório, expungindo-se da perigosa ambição pela busca da verdade. Salah H. Khaled Jr. adverte:

> [...] Ao sistema acusatório convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos e, portanto, mais prudente do que sapiente, enquanto o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa. [...]
>
> No entanto, alguns entendem que o juiz pode ocupar o lugar do acusador e brilhar como se fosse estrela de seu próprio *reality show*.
>
> [...]
>
> Alguns encaram tudo isso com surpreendente naturalidade, o que não é por acaso: escondem sua predileção por estruturas processuais penais autoritárias. Existem precedentes históricos facilmente identificáveis para tais devaneios inquisitoriais. Por essa e muitas outras razões, a escolha entre acusatoriedade e inquisitoriedade não é uma simples opção teórica ou acadêmica. São dois modelos fundamentalmente distintos, que propõem jornadas processuais diametralmente opostas: a) um processo penal do inimigo, de corte inquisitório e autoritário, fundado na ambição da verdade; ou b) um processo penal do cidadão, de corte acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência[22].

Por isso, o juiz que produz provas ao lado do Ministério Público, sob a égide do modelo acusatório, conseguintemente acusa e, infalivelmente, se contaminará para julgar por acumular funções que são manifestamente incompatíveis entre si (acusar e julgar). Se busca provas antes de julgar o processo, valora-as precocemente. Na observação de Geraldo Prado[23]:

> O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.

Desse modo, falar em segurança jurídica, dentro do Estado Democrático de Direito, é pensar o Processo Penal como ritual de persecução criminal que observa as "regras do jogo", as quais são preestabelecidas, não aleatoriamente, mas pelo ordenamento jurídico; por isso, é o Estado quem deve ser o primeiro a cumpri-las. Nessa construção teórica, pode-se afirmar que, no sistema inquisitório, busca-se obter o resultado da investigação a qualquer custo, por qualquer meio, ao passo que, no sistema acusatório, privilegiam-se, sobretudo, as referidas regras.

Da nítida distinção entre os sistemas inquisitivo e acusatório transmuda-se, outrossim, o modo de encarar a verdade no processo penal, livrando-se de muitos equívocos decorrentes do terrível influxo da teoria geral do processo e da mencionada cultura inquisitória do processo. Com efeito, não se afigura mais apropriado dizer que o processo civil busca a "verdade formal", ao passo que o processo penal persegue a

22 KHALED JR, Salah H. **Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal.** Disponível em:< http://www.justificando.com> Acesso em: 24 jul. 16.

23 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório e conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 141.

"verdade real", pois esta classificação, a rigor, está subsumida ao modelo inquisitório antes mencionado, que busca coletar a prova a qualquer custo e onde investigado é considerado objeto da prova, e não sujeito de direitos[24]. O processo penal de modelo acusatório não busca uma verdade real, mas tem, tecnicamente, nível de cognição mais denso do que no processo civil, em termos de busca da verdade dos fatos trazidos ao mundo dos autos.

O processo penal republicano adota o sistema acusatório, pelo qual o juiz é imparcial e receptor da prova trazida pelas partes, imunizado de tentações que o leva à prática de "decisionismos"[25] e ao perigoso ativismo típico do sistema inquisitório.

Conclui-se, assim, pela importância em afirmar-se que, na atualidade nosso ordenamento jurídico segue o modelo acusatório no processo penal, de modo que cabe ao juiz criminal compreender suas nuances ao exercer a jurisdição nessa seara e manter postura, inclusive estética de imparcialidade[26], que se compatibilize com seus elementos fundantes, cujos alicerces repousam nos princípios da teoria do garantismo, uma vez que vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde a jurisdição penal deve ser trilhada livre do tão repudiado processo ofensivo de há muito criticado por Beccaria[27].

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Ação penal: (análise e confrontos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 6. ed. Revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal.** v. 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller Editora, 2004.

_____. ***Cuestiones sobre el Proceso Penal.*** *Traducción de* Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960. Disponível em: <http://www.nparangaricutiro.gob.mx > Acesso em: 31 de maio 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro**. p. 5. Disponível em: <http://www.revistas.ufpr.br > Acesso em: 26 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil: (Teoria Geral do Processo)**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

24 KHALED, Jr. *Op.cit.* "*[...] Não que a rejeição da 'busca da verdade' signifique que o processo acusatório desconsidera a verdade: ela apenas perde sua posição hegemônica, o que permite afastar a patologia resultante de sua elevação a cânone no processo inquisitório, redefinindo seu lugar sistêmico na arquitetura processual penal. Com isso é possível abandonar a ambição da verdade, sem deslizar para o relativismo absoluto. Afinal, 'se uma justiça penal integralmente com verdade' constitui uma utopia, uma justiça pena completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade'".*

25 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 46: "*O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social (...)".*

26 LOPES JR, Aury. *Op.cit.* p. 175: *"O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo e em diversas oportunidades, tem apontado a violação da garantia do juiz imparcial em situações assim, destacando, ainda, uma especial preocupação com a aparência de imparcialidade, a estética de imparcialidade, que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. (...)*"

27 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. Revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013. p. 74.

GOLDSCHMIDT, Werner. ***La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso:*** **(La Partialidad y la Parcialidad).** Disponível em: <http://www.academiadederecho.org> Acesso em: 25 de maio 2016.

KHALED JR, Salah H. **Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal.** Disponível em: <http://justificando.com/2015/09/12/os-inquisidores-espetaculares-e-a-bigbrotherizacao-do-processo-penal/> Acesso em: 24 jul. 2016.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. **O Processo Penal na Atualidade. Processo Penal e Constituição Federal.** São Paulo: Acadêmica: 1993.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. Disponível em: < http://jus.com.br/revista/texto/2052> Acesso em: 25 jul. 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

APORTES SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO SISTEMA AUTOCOMPOSITIVO

Contributions about Conciliation and Mediation in Civil Procedure Code 2015: critical analysis to the new autocomposition system

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]

Jônatas Luiz Moreira de Paula[2]

Resumo: Aportes sobre conciliação e mediação no Código de Processo Civil de 2015: análise crítica ao novo sistema autocompositivo. Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o novo Código de Processo Civil brasileiro. Em seu texto, o legislador instituiu um novo meio de se alcançar a resolução de conflitos, priorizando a forma alternativa de solução, principalmente pela autocomposição, por intermédio da mediação e da conciliação. Nesse ser assim e considerando a nova visão institucionalizada pelo novel Código, é de salutar relevância um exame acerca da conciliação e mediação sob o novo enfoque, estabelecendo correlação com o sistema do Codex anterior e traçando uma linha de perfil e análise crítica ao mecanismo instituído pelo codificador de 2015.

Palavras-chave: Autocomposição. Conciliação. Mediação. Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: Contributions about Conciliation and Mediation in Civil Procedure Code 2015: critical analysis to the new autocomposition system. In March 18, 2016 became effective the new brazilian Civil Procedure Code. In its text, the legislature introduced a new way to achieve conflict resolution, prioritizing alternative solution form, mainly by autocomposition, namely mediation and conciliation. So and considering the new institutionalized vision for novel Code, it´s important a examination about conciliation and mediation beneath the new approach, establishing a correlation with the system of the previous Code, by drawing a line profile and a critical analysis to the mechanism set up by established by 2015 encoder.

Keywords: Autocomposition. Conciliation. Mediation. Social pacification. Civil Procedure Code 2015.

1 INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016, após um ano de *vacatio*, entrou em vigência a Lei Federal n. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, fato de extrema importância para o mundo jurídico.

1 Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. gilbertomarchetti@gmail.com

2 Bacharel em Direito e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor Titular da UNIPAR-Universidade Paranaense nos cursos de Graduação e Pós-Graduação. Fundador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Professor horista da FACCAR - Faculdade Paranaense, da UniCesumar e da Faculdade Arthur Thomas. Consultor ad-hoc da Área de Direito da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Avaliador do INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. jlmp@unipar.br

Deveras, o novo Diploma vem carregado de alterações, algumas substanciais, e traz consigo uma série de expectativas na comunidade jurídica em geral.

Uma delas é a importância dada aos meios alternativos de solução de conflito, isto é, à conciliação e a mediação.

Por tal motivo, imperiosa a necessidade de um estudo acerca do tema, que deve iniciar-se com sua origem na história, para depois se estabelecer um conceito e delimitação de atuação da conciliação e mediação.

Estabelecido esse parâmetro, deve-se visualizar a autocomposição na sistemática anterior e a necessidade de reforma do Código de 1973, bem como a atuação do Conselho Nacional de Justiça acerca do tema para, enfim, fazer uma análise da conciliação e mediação do Código de Processo Civil de 2015, no concernente a expectativas e críticas ao novo sistema proposto.

2 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De início, importante a necessidade de se fazer um recorte histórico acerca do tema.

O poder de decisão dos conflitos, já na metade do Império Romano foi colocado nas mãos do Estado, atribuindo-lhe a jurisdição, por intermédio da *litiscontestatio*.

Com a invasão dos povos bárbaros e a fuga populacional para o campo, uma nova ordem social se instalou, com instituição do feudalismo e do direito canônico. E esse ponto histórico é que interessa aqui.

Deveras, até então, a resolução de conflitos era exclusividade do Estado. Seu fortalecimento acabou por repugnar a autotutela.

Genericamente, a Grécia já concebia a prática da conciliação[3], que estava regulada por lei, "cabendo a funcionários o encargo de examinar os fatos motivadores do litígio e tentar convencer as partes de que deviam transigir equitativamente suas diferenças"[4].

Na civilização romana, a Lei das XII Tábuas estabelecia que "se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada"[5].

Contudo, na Idade Média, a concepção de Estado ganha uma forma diferenciada. Por um lado havia o senhor feudal, onde o dominante, o suserano, firmava acordos de proteção militar em troca de tributos e suprimentos com os dominados, chamados vassalos. Nesse sistema, o Feudo Suserano, como um microestado, tinha função administrativa, legislativa e jurisdicional[6].

De outro, havia a figura do Rei, mas que não detinha poder político como outrora no Império Romano.

Por sua vez, havia a Igreja, que ganhava a cada dia mais força política, com eleição de um "supremo padre" e sua influência na sociedade da época, inclusive no referente ao dizer o direito. Daí o surgimento do que se chama Direito Canônico.

3 Nesse sentido afirma Luigi Mattirolo em sua obra **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. p. 137. v. 1.

4 LIMA, Domingos Sávio Brandão. Conciliação. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 109. v. 17.

5 Lei da XII Tábuas, Tábua Primeira, 8º.

6 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria do processo civil**: a objetivação da justiça social. Curitiba: JM Editora, 2011. p. 19-21.

Logo, havia três sistemas: o feudal, o régio e o canônico, o que representava uma descentralização da jurisdicionalidade.

Mas nesse campo, importa frisar a participação da Igreja, pelo Direito Canônico no objeto do tema em discussão: a autocomposição.

> Em termos processuais, o direito canônico legou ao direito secular algumas características peculiares e importância hodierna. Destaca-se a figura da conciliação – que foi tão exaltada pelos processualistas por conta da reforma ao artigo 331 do Código de Processo Civil brasileiro em 1994 – que se apresentava como um momento de reconciliação dos litigantes perante Deus. Pois se o pecado afastava o cristão de Deus e o arrependimento o unia, a lide afastava os litigantes de Deus, que somente seriam unidos pela conciliação.[7]

De fato, a participação do Direito Canônico foi a pedra chave para o surgimento da autocomposição de litígios em semelhança como se vê hoje. A conciliação é "reintroduzida pelo cristianismo, graças ao seu espírito de caridade e paz"[8], que está presente em diversas passagens bíblicas[9].

> O objetivo do direito canônico é organizar a comunhão entre os fiéis, e essa obra de organização inclui o reconhecimento dos direitos e deveres fundamentais dos mesmos. Por diversas formas tais direitos podem ser violados, ignorados ou não atuados de fato. Nessa situação o ordenamento jurídico canônico atua na proteção dos direitos eventualmente maculados, possibilitando aos fiéis a oportunidade de reivindicá-los ou defendê-los através do foro eclesiástico.[10]

Aliás, ainda hoje o Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, em 1983, prevê a conciliação, em seu Livro VII, que trata dos processos, no Título III, acerca da disciplina a ser observada nos tribunais, Capítulo I (Do ofício dos juízes e dos auxiliares do tribunal), nos Cân. 1.446, §§ 1, 2 e 3[11].

Após, encontra-se notícias do "juízo de pacificação da Holanda, Rússia, Inglaterra, Dinamarca e França. No entender de Mortara, dentre esses, os primeiros que adotaram foram Holanda e Prússia"[12].

Mas, como instituição positivada, tudo indica que "a conciliação surgiu primeiramente no direito português, por volta de 1139, com os forais ou cartas de foro"[13], que nada mais eram do que "cartas do rei, ou de outros senhores [...] pelas quais se regulava cada um dos distritos ou concelhos do reino"[14].

No Brasil, a conciliação veio com a importação do direito português, nas Ordenações Manuelinas, de 1521, com notável influência do direito canônico[15] e "que exigia a conciliação prévia e obrigatória, no começo da demanda"[16].

---

7 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Ciência política**: estado e justiça. Leme: JH Mizuno, 2007. p. 53.

8 LIMA, Domingos Sávio Brandão. Op. cit. p. 109. v. 17.

9 Provérbios 25, 8: "Não te precipites em litigar, para que depois, ao fim, fiques sem ação, quando teu próximo te puser em apuros."
Mateus. 5, 24 e 25: "Deixa ali diante do altar a tua oferta, e vai reconciliar-te primeiro com teu irmão e, depois, vem e apresenta a tua oferta. Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao oficial, e te encerrem na prisão".

10 SILVA, Donato Henrique da. Efetividade, contraditório e ativismo a influência do direito canônico no processo civil. **Iesp**, Cabedelo, 2013. Disponível em: http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/44.pdf. Acesso em 27 mar. 2016.

11 Cân. 1446 - § 1. Todos os fiéis, a começar pelos Bispos, se esforcem com diligência para que, salvaguardada a justiça, quanto possível se evitem os litígios entre o povo de Deus, e se resolvam pacificamente com rapidez.
§ 2. O juiz no início da lide, e mesmo em qualquer momento, sempre que vislumbrar alguma esperança de bom êxito, não deixe de exortar e de auxiliar as partes, para que de comum acordo procurem uma solução justa para a controvérsia, e indique-lhes os caminhos apropriados para tal fim, recorrendo até a pessoas ponderadas como mediadores.
§ 3. Se a lide versar sobre o bem privado das partes, veja o juiz se a controvérsia se poderá resolver utilmente por transacção ou arbitragem, em conformidade com os câns. 1713- 1716. (Código de direito canônico. 4. ed. Lisboa: Editorial Episcopal Portuguesa. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf. Acesso em 27 mar. 2016).

12 BORGES, Marcos Afonso. Conciliação. In: FRANÇA, Rubes Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 114. v. 17.

13 Ibidem. p. 115.

14 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50. v. 1.

15 Idem.

16 BORGES, Marcos Afonso. *Op. cit*, p. 115. v. 17.

3 ACHEGAS SOBRE AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS. CONCEITO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Como se pode perceber, a resolução de conflitos não é atividade unicamente atribuída do Estado, no exercício da tutela jurisdicional. Isso porque "são crescentes a valorização e o emprego dos meios não judiciais de solução de conflitos, ditos meios alternativos[17] (ou paralelos à atuação dos juízes)"[18].

O que se destaca aqui, tornando-o importante e útil, é o aspecto social que tais meios são capazes de trazer às pessoas da sociedade, que também está presente na atividade jurisdicional, mas nos meios alternativos ganha mais destaque, que é exatamente a busca pela pacificação social.

Dito isso, revela-se de salutar relevância para continuidade do estudo a distinção entre a autocomposição e a heterocomposição.

A autocomposição é considerada aquela onde as próprias partes em litígio põem termo à demanda. Tem-se aqui uma solução não-adversarial, porquanto construída pelas próprias pessoas envolvidas no conflito de interesses. Caracteriza-se, pois, "pelo fato de o conflito ser resolvido de maneira bilateral, ou seja, as partes, sem o auxílio de um terceiro alheio ao conflito, chegam a uma solução juntas, de modo que lhes satisfaçam da melhor forma possível"[19]. Nesse campo, tem-se a conciliação e a mediação.

Já a heterocomposição tem a participação de um terceiro, que "dará a solução ao conflito de interesses, cujas partes se submetem voluntariamente ou obrigatoriamente, conforme a previsão legal"[20]. Trata-se de um método adversarial, cuja solução é ditada pelo terceiro[21]. Trata-se do instituto da arbitragem.

Chegado a esse patamar de intelecção e tendo em conta os meios autocompositivos, passa-se, pois, a análise da conciliação e da mediação.

A palavra conciliação tem origem no latim *conciliatio,* derivado do verbo *concilio,* que traz a ideia de ajuntar, unir, atrair, conciliar.[22]

Em acepção jurídica, o termo guarda o significado de "autocomposição do conflito de interesses, obtida graças à colaboração de um terceiro"[23]. É, assim, o meio pelo qual as partes encerram a lide amigavelmente, mediante concessões mutuas, para por fim ao litígio.

Nesse sentido, Dinamarco afirma:

> Conciliação é a atividade do juiz destinada a aproximar as partes, aconselhando-as e mostrando-lhes os males da pendência do processo, com vista a obter autocomposição. É também o resultado dessa atividade, pelo qual o litígio é eliminado, os litigantes pacificados e o objetivo social da jurisdição, cumprido.[24]

17 Ou meios complementares de solução de conflitos, para Roberto Portugal Bacellar. *In*: **Juiz servidor, gestor e mediador**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013. p. 93.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 31.

19 BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. A mediação e a conciliação no novo código de processo civil. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 15(28), jan.-jun. 2015, p. 159-169. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/2406/1459. Acesso em 23 mar. 2016.

20 RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. A conciliação e a transação, no âmbito do processo civil, envolvendo direitos da personalidade. *In*: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (orgs.). **O acesso à justiça e os direito fundamentais em debate**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2014. p. 25. v. 1.

21 Petrônio Calmon entende que a classificação do tema pode se dar pelos métodos de ordem imposta e consensual. Entende ele que o método imposto seria uma solução ditada por de autoridade de terceiro, alheio às partes. Por sua vez, o método consensual é negociativo onde as próprias partes decidem e tem-se por satisfeitos. *In*: CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 30.

22 LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Op. cit*. p. 108. v. 17.

23 Ibidem. p. 109.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 586. v. 3.

Logo, a conciliação é uma forma de autocomposição do litígio, com a característica de ser provada pelo juiz em feito pendente, nas causas sobre direitos que admitem transação.[25]

> Nessa ordem de ideias, audiência de conciliação afigurava o ato processual em que o juiz procura levar as partes a uma reconciliação ou a um acordo, capaz de por fim ao litígio sobre direitos transigíveis ou em parcela dele.[26]

Em suma, conciliação é a forma de resolução de conflitos por meio do qual as partes de forma amigável e com concessões mútuas, encerram o litígio, pondo fim às suas desavenças.

De outro norte, a mediação genericamente traz a ideia de "procedimento utilizado pelo magistrado ou por auxiliar do juízo para aproximar os litigantes, a fim de induzi-los à composição de seus interesses"[27].

> A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.[28]

Noutro modo de dizer coisa igual, a mediação é o meio autocompositivo pelo qual as partes, com auxílio de um terceiro, obtêm um acordo que põe fim à demanda.

> Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.[29]

Exige, assim, a participação de uma pessoa isenta e capacitada, chamado mediador, com atuação técnica para facilitar a comunicação entre as partes para encontrarem uma forma de resolver o conflito, chegando à celebração de um acordo[30].

Alguns doutrinadores atribuem à China Antiga a criação da mediação. Isso por causa dos ensinamentos de Confúcio (551 a.C.), filósofo chinês da época, que pregava a harmonia entre os membros da sociedade sob princípios de humanidade (altruísmo), honestidade, fidelidade, respeito etc.[31]

Em tempos mais modernos, a mediação foi instituída nas Convenções de Haya de 1899 e 1907. Também foi reconhecida no Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, de 1936. Enfim, foi prevista em vários outros tratados.

No Brasil, o primeiro projeto que tratava da mediação iniciou-se em 1998, sob n. 4.827, com uma regulamentação simples. Sua tramitação iniciou-se na Câmara, onde foi aprovado em 2002 e encaminhado ao Senado Federal.

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi necessária uma adequação da redação do projeto. Em 2006, o texto substitutivo foi aprovado e reenviado à Câmara, onde adormeceu.

25 DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016. p. 214.

26 Idem.

27 MEDIAÇÃO. In: NETO, José Cretella. **Dicionário de processo civil**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 372.

28 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

29 AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 313.

30 BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. Op. cit.

31 RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. Op. cit. p. 27.

Em 2009, surge a comissão para criação a reforma do processo civil brasileiro que apresentou texto convertido em Projeto de Lei n. 166/2010 e que, dentre outras coisas, tratava da conciliação e da mediação.

Trilhando ao lado disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010, regulamentando as atividades de conciliação e mediação judiciais.[32]

Passado praticamente cinco anos da edição dessa resolução, o Congresso Nacional aprova duas importantes normas. Primeiro, o Código de Processo Civil, que traz o regramento da mediação (arts. 3º, §3º, 165 a 175, dentre outros); ao depois, a Lei n. 13.140, de 26.6.2015, que "dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública".

Por essa lei, a mediação é a "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia"[33].

Veja-se que a linha diferenciadora entre um instituto e outro é bem tênue. "A conciliação consiste na intercessão de um sujeito entre os litigantes com vista a persuadi-los à autocomposição sugerindo-lhes soluções e induzindo-os a se comporem amigavelmente"[34]. Já "a mediação é a própria conciliação quando conduzida sem concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes mas sempre com vistas a obter a autocomposição"[35]. Ou seja, no fim ambos resultam em uma única coisa: a celebração de um acordo que irá por fim ao litígio entre as partes.

Exatamente por isso que alguns doutrinadores consideram insuficientes as distinções entre mediação e conciliação a ponto de justificar conceitos diferentes[36]. "BOULLE (1996) considera que a avaliação da amplitude de ambos os processos e a compreensão da intenção dos termos no contexto é mais importante do que as distinções semânticas"[37].

No Brasil, antes da vigência do Digesto Ritualístico Civil de 2015, entendia-se que a conciliação estava próxima da negociação assistida e comumente acontece no processo institucionalizado, numa das fases do Processo Civil.[38]

Traçado, então, o entendimento acerca da conciliação e da mediação, passa-se a analise dos institutos na legislação brasileira.

4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E A CONCILIAÇÃO. A NECESSIDADE DE REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL: NASCE UM CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid representou uma verdadeira revolução no sistema processual brasileiro e substituiu o defasado Código de 1939.

32 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o código de processo civil projetado. *In*: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 67-71.

33 LF n. 13.140/2015, art. 1º, parágrafo único.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit. p. 32.

35 Idem.

36 KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 90.

37 Idem.

38 Ibidem. p. 91.

Deveras, quando Buzaid "apresentou seu Anteprojeto de Código de Processo Civil, seu objetivo estava em revolucionar metodologicamente o direito processual brasileiro"[39], colocando-o em sintonia com o melhor do conteúdo dogmático processual civil da Europa, na primeira metade do século passado, principalmente com a escola italiana de Enrico Tullio Liebman[40]. A partir dele, restou construído sistema coerente e racional e, em razão disso, "foi enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições"[41].

A estrutura geral do Código de 1973 qualificava-se como "individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica"[42]. Isso se revela, por exemplo, no seu art. 2º[43], ao tratar do princípio do dispositivo extremamente rígido, onde o Estado-juiz não dá inicio ao processo. Essa atribuição é da parte lesada no seu direito que deve trazer ao Judiciário sua pretensão, na forma que a própria lei definia. Esse é um dos motivos pelo qual se dizia que o Código Buzaid, na sua originalidade, estimulava o litígio.

Tecidas essas considerandas, certo é que esse Código já não atendia mais a necessidade da sociedade pós-constituição de 1988, principalmente pela ampliação do acesso à justiça e o grande ingresso de demandas no Judiciário.

Daí vieram as reformas que se iniciaram na década de 90 e foram até 2006 de forma mais contundente. Dentre elas, cita-se a reforma de alguns pontos do sistema recursal, a unificação do procedimento de conhecimento e execução de sentença, surgindo o cumprimento de sentença, além da alteração da sistemática da execução de título extrajudicial, e a criação do indeferimento liminar da inicial *prima facie.*

Dessas reformas, importante destacar algumas que interessam para o estudo.

Originalmente, o Código de 1973 previa a conciliação apenas como um momento anterior a audiência de instrução. Na verdade, antes de iniciá-la, o juiz deveria tentar conciliar as partes[44].

Em 1994, 21 anos após a aprovação do Código, o art. 331, que tratava do despacho saneador, foi alterado para a criação da audiência de conciliação, onde as partes deveriam comparecer pessoalmente ou por representante com poderes para transigir perante o juiz para tentar a composição e celebração de acordo[45]. E, não sendo obtido, passava-se ao saneamento do processo na própria audiência. Isso se não fosse o caso de extinção do processo sem resolução de mérito ou julgamento antecipado da lide.

No ano de 1995, o legislador reformador extinguiu o procedimento sumaríssimo originário de Buzaid e criou o procedimento sumário. Nele, o réu era citado e o autor intimado para comparecer, pessoalmente ou por preposto, em audiência de conciliação[46]. Não obtido o acordo, o réu deveria na própria audiência apresentar contestação ao pedido e então seguia-se para a instrução.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 56.

40 Idem.

41 RUBIN, Fernando. Do código buzaid ao projeto para um novo código de processo civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação. **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943631/do-codigo-buzaid-ao-projeto-para-um-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 30 mar. 2016.

42 MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código buzaid. **Revista de Processo**, n. 183, 2010: 165/194.

43 CPC/73, art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

44 CPC/73, art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

45 CPC/73, art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

46 CPC/73, art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

Em 2002, nova alteração foi promovida no art. 331[47], transformando a audiência de conciliação em audiência preliminar, com a mesma ideia anterior, ou seja, não sendo caso de extinção sem julgamento de mérito (sem resolução de mérito após a reforma de 2005) ou julgamento antecipado da lide, iniciava-se a audiência com a tentativa de conciliação e não sendo obtida, seguia-se ao saneamento.

Note-se que não havia qualquer menção à mediação no Código de 1973, embora, na prática, os juízes atuassem mais como mediadores do que conciliadores efetivamente.

Entrementes, é consenso que tais reformas trouxeram uma assistematização do processo civil brasileiro. Ou seja, não apresentava uma unidade e ordem necessários pelo sistema constitucional vigente[48]. Alguns chegaram a falar que o Código Buzaid passou a ser Código Reformado.

Com efeito, o sistema processual anterior vinha sofrendo diversas críticas, dada sua morosidade e eficácia questionável. A razão disso repousa no fato do Código de 1973 não ter evoluído conforme as mudanças da sociedade. Assim, era indubitável que existiam muitas lacunas e falhas a serem corrigidas. Como visto, muitas foram as tentativas de adequá-lo a tais mudanças, "contudo não se obteve sucesso, pois a sistemática do mesmo já havia sido comprometida"[49].

Por isso, havia a necessidade do legislador infraconstitucional ressistematizar o processo civil, dentro da ordem do Estado Constitucional.

Aliás, este foi um dos objetivos declarados da comissão elaboradora do projeto. A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015[50] destaca:

> O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.
>
> A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.
>
> O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

47 CPC/73, art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

48 A função de qualquer codificação na atualidade, dentro de um sistema jurídico, é o da centralidade. Tendo esse prisma do papel da centralidade de uma codificação moderna, a Constituição de 1988 manteve a ordem e a unidade do direito processual no Estado Brasileiro, muito especialmente pelas garantias fundamentais que introduzem diversos princípios norteadores para um processo justo. Daí o porquê da busca pela unidade no sistema processual civil brasileiro. Nessa trilha, um Código de Processo Civil, sob o enfoque do Estado Constitucional, deve se inspirar no modelo proposto pela Constituição Federal, no seu dever de promover a adequada tutela dos direitos. Assim, o código processual civil deve se garantir e orientar no sistema constitucional, apresentando-se com unidade e ordem necessários a ele.

49 SANTOS, Saulo do Nascimento; GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no novo código de processo civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes?. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: UNIVALI, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8518/4772>. Acesso em 25 mar. 2016. p. 2429.

50 Código de processo civil: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de código de processo civil. **Senado Federal**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

> Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

E continua:

> Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.[51]

Fica claro então que as diversas reformas promovidas no Código de 1973, desde a década de 90 e mais fortemente nos anos de 2005 e 2006, desvirtuaram o sistema processual proposto por Buzaid, tornando-o assistemático e não mais atendendo à sua finalidade.

A imprescindibilidade da reforma do sistema processual como um todo, para retomar sua sistematização e simetria, à luz do Estado Constitucional da Carta de Outubro era evidente.

Contudo, "alguns juristas, com muita propriedade, indagaram sobre a real necessidade de se editar um Novo Código de Processo Civil"[52]. Isso porque, a ideia de nova codificação imprime significado de ruptura, como ocorreu entre o Código de 1939 e o de 1973.

Tal discussão, entretanto, perde importância, dada a aprovação, promulgação e publicação do novo Código de Processo Civil, vigente desde 18.3.2016.

Com efeito, "o *Codice di Procedura Civile brasiliano* de 2015, criado novo sem ruptura com o passado", evoluiu, mantendo os institutos de resultados positivos e incluiu outros para trazer alto grau de eficiência[53]. Os avanços do sistema processual até então vigente foram "conservados, organizados e conjugados ao necessário, identificando a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil bem mais célere e justo"[54].

De conseguinte, novo Código Processual, além de manter institutos e atualizando outros, trouxe uma série de inovações na sistemática da autocomposição dos litígios, como se verá adiante.

5 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça, buscando instituir "a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade", editou a Resolução n. 125, justificando:

51 Ibidem. p. 14.

52 MELO, Carlos Magno Siqueira. **Ensaio sobre o projeto do novo código de processo civil frente às políticas públicas e à responsabilidade social**. *In*: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos Rodrigues (coord.). Op. cit. p. 115.

53 DOMINGUES FILHO, José. Op. cit. p. 9.

54 Idem.

> CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;
>
> CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;
>
> CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;
>
> CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
>
> CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;
>
> [...]
>
> CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;
>
> CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

À vista disso, o CNJ determinou aos Tribunais de Justiça a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. Núcleos esses que foram instalados e denominados como CEJUSC – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, "destinados a realização de sessões de conciliação e mediação pré-processuais, conciliação ou mediação em processos já iniciados, ou apenas a condução da questão ao órgão competente"[55], acaso ultrapassado o limite da suas atribuições.

> Destinada a realizar uma mudança na mentalidade da população, essa nova política pública objetivou diminuir a sobrecarga de processos que entram no Judiciário de forma repetitiva ou que não exijam, para seu desfecho, uma interveniência do Poder Judiciário senão na condução à composição, visando, assim, ao estímulo e à disseminação de práticas conciliatórias já existentes no Poder Judiciário (mediação, conciliação e arbitragem) e o estabelecimento de melhores soluções para os conflitos por meio do sistema autocompositivo, prevenindo e reparando direitos por meio de soluções negociáveis pelos próprios conflitantes, e não por meio de terceiros.[56]

Cesar Peluso, então presidente do Conselho, afirmou em pronunciamento que era preciso estabelecer,

55 BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. *Op. cit*.

56 Idem.

entre os operadores do direito, a ideia da importância, para a sociedade, de se prevenir e de se chegar a uma rápida e ágil solução para os conflitos "do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas"[57].

Calha salientar sobre tanto a notoriedade do aumento do número de demandas no Judiciário a cada ano.

Nessa trilha, é oportuno recordar que a partir da década de 50 do século passado, diversos movimentos pelo mundo defenderam a ampliação do acesso à justiça, buscando a isonomia técnico-econômica, agilidade e efetividade na prestação jurisdicional, o que foi chamado por Cappelletti e Garth como ondas renovatórias[58].

A propósito, tais doutrinadores afirmam:

> O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a ideia de que o direito de acesso a justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.[59]

É, portanto, "notável a expansão da conflituosidade de interesses que sobrecarrega e deságua no Poder Judiciário por meio da judicialização de processos solucionáveis pela produção de sentenças contra as quais proliferam recursos"[60].

Contudo, a atualidade mostra a "incapacidade do Poder Judiciário de absorver todos os conflitos de interesses decorrentes da sociedade pós-contemporânea"[61].

A partir desta percepção, chega-se ao ponto principal desse estudo: a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e sua nova visão dos meios alternativos de resolução de conflitos.

6 APORTES SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ANÁLISE CRÍTICA AO NOVO SISTEMA AUTOCOMPOSITIVO.

A procura pela efetividade e o garantismo processual, que "marcaram o direito processual civil da segunda metade do século XX"[62] e que na conjuntura atual era nula no Código Reformado, trouxe à tona o

57 PELUSO, Antonio Cezar. Pronunciamento na abertura do seminário mediação e conciliação. **STF**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/FAAPconciliacao.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

58 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

59 Ibidem. p. 8.

60 BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. *Op. cit*.

61 RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. *Op. cit*. p. 24. v. 1.

62 GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). Op. cit. p. 2.

Código de Processo Civil de 2015, que basicamente se fundou nessa busca pela efetividade e a promoção da pacificação social, no tempo mais breve possível[63].

Para tanto, trouxe uma série de inovações. E uma delas está na prioridade da utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

De fato, uma das grandes novidades do Código Processual novo é a introdução no texto codificado de regras atinentes a mediação e conciliação, regulamentando até mesmo a atividade dos mediadores e conciliadores.

Trata-se de uma tendência mundial que o Código de Processo Civil hoje vigente cuidou com importante interesse, reafirmando "a conciliação como um método de pacificação social"[64].

Observa-se, entrementes, que o legislador não tem por objetivo excluir ou interferir no acesso à justiça. Mesmo porque, tanto, além de previsto como garantia fundamental[65], também está expresso na codificação nova que fala em seu art. 3º que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

Mas o legislador buscou dar uma nova visão ao acesso à justiça. Esta deve incentivar, buscar, espalhar e ensinar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas, ou seja, sob o prisma da autocomposição.

Logo, o usuário do Poder Judiciário não é tido apenas como parte de uma relação processual, leia-se autor e réu. É também aquele que tem a vontade e interesse de resolver seus conflitos pela comunicação, com ou sem estimulação de terceiro[66].

> O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.[67]

Sem discrepar, portanto, do acesso à justiça garantido constitucionalmente, "ressurge o interesse pelo papel da conciliação, fundado na exigência de racionalizar o próprio fundamento da justiça e de estimular o desenvolvimento das atividades de mediação das forças sociais"[68].

Nesse ser assim, o legislador firma no § 2º do art. 3º que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". E continua estabelecendo que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (§ 3º).

Portanto, o Código "tem como compromisso promover a solução consensual do litígio, sendo uma das suas marcas a viabilização de significativa abertura para a autonomia privada das partes"[69].

63 REICHELT, Luis Alberto. Considerações sobre a mediação e a conciliação no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 97, jan-fev/2015, p. 123.

64 BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. Op. cit.

65 CF, art. 5º, XXXV.

66 DOMINGUES FILHO, José. Op. cit. p. 216.

67 GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição de AZEVEDO, André Gomma (Org.) **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009. p. 13.

68 DOMINGUES FILHO, José. Op. cit. p. 216.

69 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 96-97.

De tal sorte, obtida essa percepção, a audiência de conciliação "resulta na consagração do juiz como pacificador social, relegando ao segundo plano sua função de mero aplicador da lei"[70]. A finalidade da conciliação é, de conseguinte, obter a solução judicial do conflito pela justiça das próprias partes[71].

Enfim, o Digesto de Formas Cíveis de 2015 atenta para a vontade dos envolvidos na demanda. E, nesse sentido, estrutura-se para promover a autocomposição, através da conciliação e da mediação. Assim: I. Traz capítulo específico destinado regular a conciliação e a mediação (arts. 165/175); II. Na estruturação do procedimento, coloca a tentativa de autocomposição em momento anterior à defesa (arts. 334 e 695)[72].

Alias, o novel Código disciplina até uma diferenciação para conciliação e mediação. Esta acontecerá "preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes", nos quais o mediador "auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos"[73]

Já aquela ocorrerá "preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes", onde o conciliador "poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem"[74].

Observa-se que o legislador não apenas buscou atualizar o processo civil brasileiro, "mas sim um 'repensar'"[75]. Significa dizer que as novidades vindas "atingem não apenas o processo em si ou as partes envolvidas, trata-se sim, de um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania"[76].

Nessa análise de perfil, é preciso uma mudança radical na forma de visualização do litigar no Judiciário brasileiro. É preciso abandonar a cultura do litígio e se adotar a cultura da conciliação - aqui inclusa também a mediação.

Em face disso, "para realizá-las de modo adequado, uma vez que se baseia no consenso entre as partes conflitantes, todos devem, antes de tudo, abandonar a animosidade e o espírito contencioso de costume presente nos processos judiciais"[77].

O dever de estimular presente no § 3º do art. 3º da Processual Civil retrata exatamente essa mudança de visão do processo. Demanda uma conscientização de todos os participantes do processo.

> Apesar de criar um dever ao se valer do termo "deverão", a norma não traz - e nem poderia - qualquer sanção para seu descumprimento, servindo mais como um enunciado de propósitos do que como uma norma jurídica. Se é correto dizer que os agentes relacionados aos conflitos de interesses precisam incorporar um espírito conciliador e deixar um pouco de lado a postura de combate muito arraigada em nossa formação jurídica, não menos verdade é que uma mera norma legal como a presente terá nenhuma utilidade prática para se atingir tal objetivo.[78]

70 DOMINGUES FILHO, José. *Op. cit.* p. 216.

71 "A finalidade da conciliação é a de alcançar-se, através de procedimento independente, como se o juiz se pusesse ao lado das partes, e não em frente, a decisão judicial da lide. Tal encontro entre partes e juiz está fora do princípio da publicidade e como que se afasta da linha característica da litispendência. A função do juiz é tentar que fique fora do litígio a solução da questão. [...] Todas as dúvidas sobre o direito ou sobre os direitos das partes, no plano do direito material e no plano do direito processual, ficam desfeitas. Daí a eficácia sentencial do acordo conciliatório" (In: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. t. v, p. 15).

72 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 23.

73 CPC/15, art. 165, § 3º.

74 CPC/15, art. 165, § 2º.

75 SANTOS, Saulo do Nascimento; GADENZ, Danielli. *Op. cit.* p. 2440.

76 Ibidem. p. 2442.

77 DOMINGUES FILHO, José. *Op. cit.* p. 218.

78 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 8.

Por tal motivo que, pela nova sistemática do procedimento comum, o réu é citado para comparecer em audiência de conciliação ou mediação, a depender do caso, e não mais para contestar, sendo que o não comparecimento injustificado das partes configura ato atentatório à dignidade da justiça e será punido com multa processual de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Tal audiência somente não será realizada se não for admitida a autocomposição ou se ambas as partes manifestarem o desinteresse, sendo que o autor deve fazê-lo na inicial e o réu por petição apresentada com até 10 dias de antecedência da audiência designada[79].

Mas não é só. Nas ações de família, o legislador, além de consignar a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, determinou que a citação deverá ser desacompanhada de cópia da petição inicial, com claro objetivo de favorecer a autocomposição[80], evitando que a parte chegue com espírito de animosidade na audiência.

Caminhando-se, então, nomeadamente, a par e passo com tais pensamentos, chega-se ao entendimento de que se de um lado o Código prioriza a solução consensual de conflitos, de outro visa a mudança de pensamento dos operadores do direito e da população em geral que busca no Judiciário a solução de seus conflitos.

> Busca-se como alternativa de solução da lide a composição amigável, pois o direito processual deve estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização deste. Entretanto, cabe também as partes se disporem a resolver o caso, deixando para o poder judiciário a apreciação de processos que realmente mereçam defesa.
>
> Quando uma das partes envolvida é uma pessoa jurídica esta deverá ter como princípio o desenvolvimento sustentável da sociedade. Logo, admitir um erro é adotar uma atitude ética, desafogando o judiciário e colaborando para o desenvolvimento da sociedade como um todo. Isso também gera uma imagem positiva da empresa junto aos consumidores, ao poder judiciário, aos funcionários, aos colaboradores e a comunidade em geral.[81]

Contudo, o Código por si só "não conseguirá de forma isolada resolver o problema de afogamento do judiciário"[82], muito menos mudar a mentalidade dos atuantes na área do direito e da população. Se se encerrar essa alteração de pensamento no texto frio da lei, a busca pela cultura da pacificação não prosperará.

> Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os

79 CPC/15. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
[...]
§ 4º A audiência não será realizada:
I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.
§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.
[...]
§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

80 Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.
§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

81 FRANCO, Cintia. A solução consensual de conflitos no novo código de processo civil. **DireitoNet**, Sorocaba, 2015. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em 25 mar. 2016.

82 Idem.

> objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal: Dignidade Humana e Cidadania.[83]

Logo, imprescindível a atuação do Estado em todas as esferas, notadamente do Conselho Nacional de Justiça e do Poder Judiciário, no sentido de se estabelecer uma política pública que busque a conscientização e a mudança de pensamento da população em geral[84].

> De nada adiantará ser criado um sistema de resoluções consensuais de conflitos sem aperfeiçoar a Justiça tradicional. Essa afirmação é importante, pois não há quem proponha uma troca, substituindo-se a justiça imposta pela justiça consensual. O que se propõe é o fortalecimento dos dois sistemas, para que operem simultaneamente, oferecendo-se à sociedade duas alternativas distintas e complementares.[85]

É preciso, pois, a implantação de:

> Uma política de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição, o que representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e para consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envolvidos, transformando o papel do Estado, que deixa de ser intervencionista para transformar-se em grande incentivador do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior: a pacificação social, resguardando o papel natural do juiz estatal e do árbitro, como importantes agentes da heterocomposição[86].

Aliás, o grande desafio do Poder Judiciário, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é a criação e instalação efetiva dos centros judiciários de conciliação e mediação, com pessoas capacitadas para dirimir conflitos nas diversas esferas dos direito[87].

> Tais medidas, aliadas a uma mudança de postura de todos os envolvidos na prestação jurisdicional, envolvendo os magistrados, os advogados, o ministério público, passando inclusive pela profissionalização dos mediadores e conciliadores, associados a uma ampla campanha de esclarecimento e conscientização, da sociedade em geral, visando permear as vantagens da conciliação para a solução de conflitos, por certo, poderão ser decisivos para a melhoria da qualidade da Justiça em nosso país.[88]

Caso contrário, em linha de raciocínio inverso, sem elas, a mudança de pensamento buscada pelo Código está fadada ao insucesso.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autocomposição, como solução de conflitos, existe na sociedade há muito tempo, sendo aprimorada pelo direito canônico, como forma de busca da pacificação social.

83 PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e mediação no novo CPC. **Conima**, Pinheiros, 2015. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>. Acesso em 25 mar. 2016.

84 Idem.

85 CALMON, Petronio. Op. cit. p. 5.

86 Ibidem. p. 4-5.

87 PEREIRA, Clovis Brasil. Op. cit.

88 PEREIRA, Clovis Brasil. Reflexão e novas perspectivas para a audiência de conciliação no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9368>. Acesso em 25 mar. 2016.

Nesse ser assim, a autocomposição pode ser aplicada sob duas formas: primeiro, a conciliação, onde o conciliador atua na formação do diálogo, além de propor soluções, interferindo quando necessário, inclusive; depois, a mediação, na qual o mediador trabalha como facilitador da comunicação entre as partes, mas sem sugerir ou intervir na solução conflito.

Seguindo essa linha, o Código de Processo Civil de 2015, sem romper com a sistemática processual anterior, teve como preceito base, dentre outros, a efetiva solução de conflitos e a busca pela segurança jurídica.

Para tanto, deu grande importância aos meios alternativos de solução de conflitos, notadamente no que se refere à autocomposição, pela conciliação e mediação.

Note-se que a Codificação Processual hoje se compromete a promover a consensualização da resolução do litígio, abrindo-se para a autonomia da vontade das partes na solução do conflito, seja pela mediação, seja pela conciliação.

Busca o legislador, uma nova visão da sistemática processual, qual seja, da mudança da cultura da litigiosidade para a cultura da pacificação.

Entretanto, essa nova forma de visão não pode ficar apenas na lei. Exige dos operadores do direito, advogados, juízes, promotores e todos que atuam, uma mudança de pensamento, a quebra das animosidades, o "largar das armas" para se efetivar uma solução amigável do conflito.

Exige também uma mudança de visão nos Cursos de Direito, que no seu ensino, por vezes estimula o litígio.

Mas, para além disso, impõe uma mudança de cultura e de formação da sociedade brasileira em geral, que historicamente, é uma sociedade de cultura litigiosa.

Portanto, imprescindível uma política pública pelo Estado em geral, no sentido de se promover uma nova conscientização da sociedade. Nesse tocante, o Conselho Nacional de Justiça e o Poder Judiciário tem atuação fundamental.

Caso contrário, a mudança de pensamento visada pelo Código não passará de mais um texto de lei sem efetividade jurídica.

8 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2015. v. 3.

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. *In*: **Juiz servidor, gestor e mediador**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOLZAM, Angelina Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. A mediação e a conciliação no novo código de processo civil. **Cadernos de Direito.** Piracicaba, v. 15(28), jan.-jun. 2015, p. 159-169. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/2406/1459>. Acesso em 23 mar. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Código de Direito Canônico. 4. ed. Lisboa: Editorial Episcopal Portuguesa. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em 27 mar. 2016.

Código de processo civil: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de código de processo civil. **Senado Federal**, Brasília, 2010. p. 11-12.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 586. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOMINGUES FILHO, José. **Roteiro das audiências cíveis**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 17.

FRANCO, Cintia. A solução consensual de conflitos no novo código de processo civil. **DireitoNet**, Sorocaba, 2015. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em 25 mar. 2016.

GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek (orgs.). **O acesso à justiça e os direito fundamentais em debate**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2014. v. 1.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1974. t. v.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código Buzaid. **Revista de Processo**. n. 183, 2010: 165/194.

NETO, José Cretella. **Dicionário de processo civil**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Ciência política**: estado e justiça. Leme: JH Mizuno, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria do processo civil**: a objetivação da justiça social. Curitiba: JM Editora, 2011.

PELUSO, Antonio Cezar. Pronunciamento na abertura do seminário mediação e conciliação. **STF**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/FAAPconciliacao.pdf>. Acesso em 25 mar. 2016.

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e mediação no novo CPC. **Conima**, Pinheiros, 2015. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>. Acesso em 25 mar. 2016.

_____. Reflexão e novas perspectivas para a audiência de conciliação no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arti-go_id=9368>. Acesso em 25 mar. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o código de processo civil projetado. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 67-71.

REICHELT, Luis Alberto. Considerações sobre a mediação e a conciliação no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 97, jan-fev/2015.

RUBIN, Fernando. Do código Buzaid ao projeto para um novo código de processo civil: uma avaliação do itinerário de construções/alterações e das perspectivas do atual movimento de retificação. **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943631/do-codigo-buzaid-ao-projeto-para-um-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 30 mar. 2016.

SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. **Novo CPC**: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SANTOS, Saulo do Nascimento; GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no novo código de processo civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: Univali, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8518/4772>. Acesso em 25 mar. 2016.

SILVA, Donato Henrique da. Efetividade, contraditório e ativismo a influência do direito canônico no processo civil. **Iesp**, Cabedelo, 2013. Disponível em: <http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/44.pdf>. Acesso em 27 mar. 2016.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA POTENCIAL EFICÁCIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Luan Carlos de Oliveira Ribeiro[1]

Resumo: Angariando informações acerca do novel instituto denominado Audiência de Custódia, busca-se analisar as suas particularidades e finalidades à luz da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados Internacionais. Com isso, pretende-se registrar, de forma singela, embora consistente, a viabilidade da implantação da denominada audiência de custódia no sistema processual penal brasileiros. Isso porque a disposição do § 1º do art. 306 do CPP, o qual determina a apresentação em até 24 horas do auto de prisão em flagrante ao juiz competente se contrapõe às exigências da Carta Magna brasileira e às dos pactos internacionais sobre direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil. Enfim, evidencia-se a pertinência entre a nova sistematização de audiência no rito penal e a Constituição de 1988, vislumbrando sempre as garantias e direitos fundamentais albergados pela Lei Ápice.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direitos humanos. Processo Penal.

Abstract: Garnering information about the new institute denominated Custody Hearing, seeks to analyze their characteristics and aims under the 1988 Federal Constitution and International Treaties. Thus, it's intended to register, of simple form, although consistent, the feasibility of implementing the so-called custody hearing the criminal justice system Brazilian. This is because the provision of § 1 of art. 306 of the CPP, which determines the presentation within 24 hours of the arrest of self in the act to the competent judge is opposed to the demands of the Brazilian Constitution and international covenants on human rights signed and ratified by Brazil. Finally, highlights the relevance of the new systematization of hearing in the criminal rite and the 1988 Constitution, when glimpsing the guarantees and fundamental rights sheltered by Law Summit.

Keywords: Custody hearing. Fundamental rights. Criminal proceedings.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de custódia relaciona-se com as palavras "proteção" e "guarda", ao passo que tal significado foi integrado a mais nova categoria de audiência desenvolvida no cenário processual penal brasileiro – a chamada "audiência de custódia" – a qual partiu do ideal disposto no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (popularmente conhecida como Pacto San Jose da Costa Rica) que, por sua vez, prevê que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Nesse cenário, e à luz do intento democratizante e humanista da Carta de 1988, muitos Tribunais de Justiça do país, aconselhados pelo CNJ, reinventaram-se ao trazer a audiência de custódia, que pretende cessar eventuais práticas de maus tratos a presos em flagrante, promover maiores discussões acerca da legalidade

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Pós-graduando lato sensu em Direito Constitucional pela EAD Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

ou não da manutenção da prisão, bem como desafogar o sistema prisional brasileiro, que atualmente conta com uma população carcerária de 711.463 presos, segundo a última contabilidade realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em junho de 2014.

Com efeito, os agentes jurídicos estão "à frente do desafio de reinventar, reimaginar e recriar seu exercício profissional, a partir desse novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos"[2].

2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A República Federativa do Brasil está embasada em princípios fundamentais expostos no primeiro artigo de sua Constituição, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, que encontra eco em todo o ordenamento jurídico, seja nas normas materiais ou processuais.

De outro modo não poderia ser, eis que "os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper"[3]. O Contido na Lex Mater não corresponde "apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas"[4].

> Diz-se que a Constituição se torna o centro do normativo Direito, não apenas pela sua supremacia sobre os demais diplomas legais, mas instrumentada pela força normativa de seus princípios, além da exigência que traz consigo da releitura da legislação infraconstitucional que lhe precede, à luz de seu arcabouço principiológico[5].

A boa razão, pois, sinaliza para a relevância do princípio em voga. Alguns autores inclusive o consideram o principal direito fundamental constitucionalmente garantido. "É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e último arcabouço da guarida dos direitos individuais"[6].

A dignidade da pessoa humana é inerente, por óbvio, a todo e qualquer ser humano. Subjaz no artigo I da Declaração Universal da ONU, de 1948, inteligência de que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". A mesma norma internacional assegura que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competente remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei" (artigo VIII).

Seguindo esse enfoque, "o direito, destinando a cada qual uma esfera de liberdade protegida contra agressões externas, torna possível a coexistência pacífica e a colaboração organizada dos indivíduos no interior das estruturas sociais"[7]. Entretanto, a violação de um direito perpetrada por uma infração penal, não exclui o direito do indivíduo inquinado criminoso. Não por coincidência, "a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio"[8], no latim *medius in virtus*.

2 PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. ***In***: **Direitos humanos**: visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração, 2001. p. 31-59.

3 NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

4 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

5 MELLO, Cleyson de Moraes. **Constituição da república anotada e interpretada**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 117.

6 NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

7 LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Forense, 2003. p. 10.

8 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 218.

Nessa conjugação entre o Direito internacional e o Direito interno, embora não seja tema simples, pode-se buscar uma conceituação clara, ou um conceito que possa servir de base referencial, e para tanto, a dignidade da pessoa humana perfaz um "valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem"[9], expressos na Constituição e espraiados nas normas infraconstitucionais. "Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral"[10] e, especificamente no quanto importa aqui, os incisos do art. 5°, que dispõem sobre o respeito à integridade física e moral (XLIX), ao devido processo legal (LIV), ao contraditório e ampla defesa (LV), à presunção de inocência (LVII), à legalidade da prisão e sua comunicação (LXI, LXII e LXV), à assistência jurídica (LXIII), bem como o direito à liberdade provisória (LXVI).

Em proposição elaborada e concepção multidimensional, Ingo Sarlet entende por dignidade da pessoa humana:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentados que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida[11].

Por assim dizer, os direitos fundamentais "nascem com a pessoa humana e a acompanham até o fim de sua existência. A ninguém, nem mesmo a seu titular, é facultado despojar-se de tais direitos considerados personalíssimos e indisponíveis"[12]. E, "justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade"[13].

Caminhando, então, a par e passo, é preciso compreender que "desde que os direitos humanos deixaram de ser apenas teorias filosóficas e passaram a ser positivados por legisladores, ficou superada a fase em que coincidiam com meras reinvidicações políticas ou éticas"[14]. A observância desses preceitos supera o ar de conselho, afigurando-se imperativa, verdadeiros mandados de otimização, pois estes são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"[15].

De conseguinte, não restam dúvidas de que todo aparelhamento estatal está vinculado ao princípio da dignidade humana. Seja por seus órgãos, funções ou atividades, o dever de proteção e respeito é cogente, podendo ser exprimido tanto pela obrigação do Estado de se abster "de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência"[16].

9 BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

10 Idem.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

12 PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 204.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156.

15 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

3 APORTES SOBRE A PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Verdade é que "as restrições aportadas ao exercício dos direitos fundamentais somente são admissíveis se justificadas por outros direitos ou valores constitucionais que, no caso concreto, se revelam tão ou mais relevantes do que a prerrogativa cerceada"[17]. É o caso das consequencias advindas do cometimento de infrações penais. De fato "a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra"[18].

Assoalhando que "delito é a realização da conduta descrita na lei penal, ou seja, contrária ao preceito da norma jurídica"[19], caso conformada uma conduta a descrição de um tipo penal, nascerá para o Estado o dever de correção do violador da ordem jurídica, porquanto "o direito nada mais é que um instrumento do controle social, uma das muitas técnicas pelas quais o controle social se realiza"[20].

A prisão é, portanto, uma medida necessária à proteção social e integridade das pessoas. "A necessidade de garantir a sobrevivência do homem e a consecução dos seus fins essenciais requer a instauração de uma ordem social, ou seja, de um condicionamento das ações individuais"[21]. Dada tal impressindibilidade, existem as leis e o dever de seu cumprimento, sem, contudo, menoscabar os direitos e garantias constitucionalmente previstos. Por esse ângulo de visada, o processo penal se transforma "não naquela série de regras destinadas a, afinal, levar adiante algum procedimento, porém, em subsistema secundário de tutela dos direitos individuais"[22].

Convém notar que a regra é que a prisão só ocorra pós-sentença definitiva, em observância ao que preceitua o art. 5˚, LVII, da Constituição, pois por ele "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Mas, no âmbito de excepcionalidade podem ocorrer as prisões cautelares, isto é, privar a liberdade do indivíduo no transcorrer da persecução penal, sem que tenha ocorrido o marco final do processo. Tais exceções se justificam em face de "uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado"[23]. Mormente considerando a garantia de que "ninguém será levada à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança" (CF, art. 5˚, LXVI).

A prisão, dada sua gravidade, deve sempre ser ultima ratio, afinal, "tendo em vista o valor primacial da liberdade, a Constituição estabelece condições especiais para a decretação da prisão, bem como para sua mantença"[24].

Enquanto a "prisão penal (*carcer ad poenam)* objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal"[25], não podendo, por isso, exorbitar as suas funções nem desrespeitar os direitos albergados na Carta Magna.

Tomando esses cuidados, várias normas internacionais atentaram para o assunto, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabeleceu que "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa

17 PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 208.

18 NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

19 CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 11.

20 LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Forense, 2003. p. 27.

21 Ibidem, p. 25.

22 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Direitos humanos e processo penal. *In*: **Direitos humanos**: visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração, 2001. p. 107-113.

23 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 701.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 573.

25 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 816.

deverá ser severamente reprimido pela lei" (art. 9˚). Nesses termos, "teve por objetivo declarado coibir os excessos das detenções que não fossem 'indispensáveis', em face da condição natural de inocência do cidadão submetido à persecução penal"[26].

Mas não é só. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969[27], já estipulou que:

> "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo" (artigo 7, Direito à liberdade pessoal, item 5). "A violação dessa garantia torna a prisão arbitrária (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994, p. 186, El Salvador)"[28].

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, também prescreveu que:

> "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença" (artigo 9, item 3).

Sem discrepar, a Carta da República de 1988 timidamente prevê que "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (art. 5˚, LXII). Na mesma toada, reproduzindo o texto constitucional (art. 306, *caput*), o Código de Processo Penal acrescenta, no *quantum satis*, que "em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante" (art. 306, § 1˚).

Perceptível é que "o objetivo do dispositivo é que se estabeleça o controle judicial da prisão (art. 5˚, LXII, CF), cabendo ao magistrado, em sendo o caso, relaxá-la, ou conceder liberdade provisória, sem prejuízo da evolução do competente inquérito policial"[29]. Entretanto, a simples apresentação do auto de prisão em flagrante não alberga toda a cobertura proposta pelas normas supracitadas, haja vista que evidencia apenas o cumprimento parcial delas, eis que, desde que incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, elas constituem um dever a ser prestado pelo Estado.

4 O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Sob o respaldo de toda essa envergadura estrutural, a fim de concretizar a utilização desses direitos, de forma a trazer efetividade a tais preceitos, foi implementada em fevereiro de 2015, pioneiramente no Estado de São Paulo, a designada "audiência de custódia", para que todas as pessoas presas em flagrante sejam apresentadas em até vinte e quatro horas à presença do juiz competente.

26 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.

27 Incorporada pelo Decreto n. 678/92 – Pacto de São José da Costa Rica.

28 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**: Pacto de San Jos"e da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 64.

29 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 730.

No entanto, como já dito acanhadamente nos tópicos anteriores, o espírito do instituto já constava no Decreto nº 678, promulgado pelo Brasil em 1992, mais conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual teve como respaldo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), embora sua aplicação na realidade jurídica brasileira ainda não alberga a integral finalidade proposta pelo tratado internacional.

> "Apesar de existir um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (PLS nº 554/2011), o certo é que a audiência de custódia ainda não foi regulamentada por lei no Brasil. Isso significa que não existe uma lei estabelecendo o procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência. Diante desse cenário, e a fim de dar concretude à previsão da CADH, recentemente, alguns Tribunais de Justiça, incentivados pelo CNJ, passaram a regulamentar a audiência de custódia por meio de atos internos exarados pelos próprios Tribunais (provimentos e resoluções)"[30].

Diante dessa nova realidade, melhor compreensão do intento da novel "audiência de custódia", é medida que se impõe. Logo, com um pouco mais de interesse pelo tema, vê-se que não houve uma grande mudança conteudística – eis que a previsão existia, mas sonegava-se-lhe aplicação – contudo, em tempos de agora, espera-se uma relevante alteração na mentalidade e atitude dos magistrados, defensores, autoridades policiais, promotores e demais sujeitos envolvidos na processual penal.

Diz-se isso, porque os objetivos da dita audiência são, precipuamente, que "(i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão"[31]. Entrementes, sob o prisma dos direitos humanos e toda sua carga axiológica, tais condições nem precisariam ser exigidas, derivam logicamente das premissas maiores dantes estabelecidas.

Pois bem. Apresentados os contornos do paradigma, calha entender que se trata de "importante mecanismo de controle da legalidade das prisões em flagrante, prevenindo-se prisões ilegais e até torturas no ato da prisão, situações constatadas nos mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e constantemente noticiadas pela imprensa"[32].

Outro enfoque é a necessidade e adequação das prisões. Como é de elementar sabença, no Brasil, prende-se muito, porém, prende-se mal. Isso porque, "51% dos presos não praticaram crimes violentos (prendemos fundamentalmente marginalizados e muitos deles não são violentos; prende-se inclusive por fatos insignificantes e deixa-se escapar milhares de criminosos violentos)"[33]. Para além, "as prisões estão abarrotadas e a criminalidade aumenta a cada dia: em 1980, tínhamos 11 assassinatos para 100 mil pessoas; em 2012, chegamos a 29 para 100 mil; das 50 cidades mais violentas do planeta, 19 são brasileiras"[34].

Forçoso reconhecer, destarte, que a condução a uma audiência imediata serve para o magistrado "exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente à presença de maus tratos ou tortura"[35], sem olvidar o prévio contraditório entre Ministério Público e Defesa. Mesmo porque, imbuído de sua jurisdição, "a posição do juiz como presidente da audiência faz com que ele encarne, precisamente nesse momento,

30 Audiência de Custódia (2015). **Dizer o Direito**, Manaus, 2015. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>. Acesso em: 03 mar. 2016.

31 LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 17 – Set./Dez. 2014. **Conjur**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 22 jan. 2016.

32 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 593.

33 GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e resistência das almas inquisitoriais. **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais>. Acesso em: 22 jan. 2016.

34 Idem.

35 PAIVA, Caio. Na Série "Audiência de Custódia": conceito, previsão normativa e finalidades. **Justificando**, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades>. Acesso em: 22 jan. 2016.

o papel que o Estado representa nas relações sociais"[36]. Daí a compreensão dessa audiência como um importante instrumento de acesso à justiça e garantia da liberdade pessoal, reproduzindo verdadeira obrigação positiva conferida ao Estado.

Corolário disso, "o contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado"[37]. Não podendo prosperar os argumentos de que "o Delegado de Polícia preenche perfeitamente esses requisitos, vez que é uma autoridade imparcial, sem qualquer interesse no processo posterior, compromissado apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal"[38]. Sobretudo porque, um dos fatores que legitimam o uso de uma audiência (de custódia) "está na atitude de proporcionar às partes técnicas de um acesso mais imediato às fases do labor judicial na elaboração da decisão"[39] necessária, que deve levar em conta todas as circunstâncias do caso concreto, não apenas o viés investigativo.

"*A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis*"[40], sobrelevando a necessidade de se mitigar os transtornos daí advindos, deixando-a para ser usada apenas em último caso. É também esta uma das preocupações da audiência de custódia. E quanto a isso,

> É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual[41].

Percebe-se, assim, "que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos"[42]. Nesta linha de raciocínio, o oferecimento pelo aparelho estatal de uma oitiva daquele que tem seu direito de liberdade cerceado, a fim de entregar-lhe oportunidade de, cumpridos os requisitos, livrar-se solto para responder ao processo crime, viabiliza remoção de obstáculo a um devido processo legal com duração razoável.

Por outro lado, não se quer olvidar o presente trabalho das duras e até relevantes críticas contra a aplicação imediata da novel audiência, como consistentemente ressaltou a ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais) ao dizer que a aplicação do instituto de uma forma apressada e desordenada poderá acarretar em inúmeros entraves processuais penais[43].

O olhar desconfiado dos críticos não beira à insensatez, mormente considerando o abarrotamento do Judiciário, com as extensas pautas de audiências, a defasagem de magistrados, de servidores, de policiais e de viaturas, o alto custo de recursos públicos na condução dos detentos, e o forte esquema de segurança que seria necessário empregar no interior dos fóruns, com intuito de simplesmente viabilizar a realização das audiências de custódia.

---

36 RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 448.

37 LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 17 – Set./Dez. 2014. **Conjur**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 22 jan. 2016.

38 SANNINI NETO, Francisco. A audiência de custódia e o "jeitinho brasileiro". **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/191955302/audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em: 22 jan. 2016.

39 RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 422.

40 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

41 LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 17 – Set./Dez. 2014. **Conjur**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 22 jan. 2016.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

43 SOUZA, Giselle. Juízes estaduais criticam projeto audiência de custódia. **Conjur**, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/juizes-estaduais-criticam-projeto-audiencia-custodia>. Acesso em: 04 nov. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto da denominada "audiência de custódia", idealizado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2015, sob influência do CNJ, e que agora se alastra por diversos Tribunais de Justiça pelo país, possui a cristalina finalidade de efetivar o cumprimento do art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – tratado assinado e ratificado pelo Brasil – tendo em vista que, por meio de uma audiência preliminar obrigatória, todo preso em flagrante deverá ser conduzido à presença de um magistrado em até 24 horas após a prisão.

A condução sem demora do preso em situação de flagrância à presença física do juiz possui por escopo analisar: a) se os direitos fundamentais da pessoa detida estão sendo preservados (ex.: se não houve tortura); b) se a prisão por parte dos beleguins foi legal, devendo ela ser relaxada caso não o seja (CPP, art. 301, I); c) se a prisão cautelar deve ser mantida, convertendo-se a prisão em flagrante em preventiva (CPP, art. 301, II); d) se o preso faz jus à concessão de liberdade provisória (CPP, art. 301, III); e e) se medidas cautelares diversas da prisão são suficientes para o caso em concreto (CPP, art. 319).

A realidade até então aplicada no âmbito do processo penal brasileiro apenas exigia, conforme dicção do art. 306, I, do CPP, a apresentação do auto de prisão em flagrante ao juiz em 24h após o cárcere. Entrementes, como se vê nos tópicos abordados acima, a simples remessa do auto à autoridade judicial competente não fornece a completa aplicabilidade de todo o arcabouço de direitos insculpidos no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Isso porque a distância e a virtualidade entre o juiz e o detido cautelarmente – eis que separados por algumas folhas de papel – acaba por desumanizar o próprio Direito Processual Penal, pois é notório que a indiferença pelo próximo se desenvolve e aumenta à medida que o contato humano se esvai. Assim, por mais brilhante que seja o conhecimento jurídico da autoridade judicial, ela apenas conseguirá dimensionar a verdadeira condição do custodiado no caso concreto quando posta em contato diretamente com sua realidade.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p.

Audiência de Custódia (2015). **Dizer o Direito**, Manaus, 2015. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 378 p.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 225 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1596 p.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 259 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. 97 p.

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e resistência das almas inquisitoriais. **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/168950071/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais>. Acesso em: 22 jan. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**: Pacto de San Jos''e da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 380 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 40 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 1760 p.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 17 – Set./Dez. 2014. **Conjur**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 22 jan. 2016.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Forense, 2003. 187 p.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Constituição da república anotada e interpretada**. Campo Grande: Contemplar, 2013. 1979 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. 127 p.

PAIVA, Caio. Na série "audiência de custódia": conceito, previsão normativa e finalidades. **Justificando**, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades>. Acesso em: 22 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **Direitos humanos**: visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração, 2001. 213 p.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Direitos humanos e processo penal. In: **Direitos humanos**: visões contemporâneas. São Paulo: Método Editoração, 2001. 213 p.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 601 p.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 477 p.

SANNINI NETO, Francisco. A audiência de custódia e o "jeitinho brasileiro". **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/191955302/audiencia-de-custodia-e-o-jeitinho-brasileiro>. Acesso em: 22 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 170 p.

SOUZA, Giselle. Juízes estaduais criticam projeto audiência de custódia. **Conjur**, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/juizes-estaduais-criticam-projeto-audiencia-custodia>. Acesso em: 04 nov. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodvim, 2014. 1504 p.

CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL COMO NOVA MODALIDADE (JUDICIAL) DE MEDIDA CAUTELAR PESSOAL

Carlos Alberto Garcete[1]

Resumo: O Direito Processual Penal faz parte de um subsistema que se interliga umbilicalmente à Constituição da República, da qual emanam direitos e garantias fundamentais. Desse modo, indaga-se sobre a possibilidade de, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o Processo Penal admitir que o investigado seja conduzido coercitivamente à presença da autoridade com base em intepretação extensiva da norma.

Palavras-chave: Constituição Federal. Estado Democrático de Direito. Processo Penal. Garantismo.

Abstract: The Criminal Procedural Law is part of a subsystem that is intimately connected to the Republic Constitution, which fundamental rights and guarantees emanate from. Thus, under the aegis of a Democratic State of Law, it asks about the possibility of the Criminal Procedure allows the suspect be forcibly taken to the presence of the authority based on extensive interpretation of the law.

Key-words: Federal Constitution. Democratic Rule of Law. Criminal Procedure. Guaranteeism.

1 BREVE INTRODUÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira de 1988 incorpora o espírito de Estado Democrático de Direito, cuja característica principal consiste no estabelecimento de limites inexoráveis ao exercício dos poderes da República. O constitucionalismo hígido recomendável à salvaguarda dos direitos fundamentais, no entanto, tem se abalado nos últimos tempos, em face dos reiterados escândalos de corrupção envolvendo o Estado brasileiro e as suas instituições.

Em momentos tais, é natural que a sociedade espere soluções instantâneas para problemas estruturais e crises éticas que desafiam um debate muito mais profundo. O perigo, contudo, repousa na busca de respostas expeditas à sociedade, por meio de leis de emergência e nas ações de agentes estatais que consideram que a eficiência da atividade estatal depende da relativização da ordem jurídica e da busca de diligências subjetivas que fujam de qualquer critério razoável de segurança jurídica.

Quando o Estado marcha nessa direção, nomeadamente o Poder Judiciário, a progressividade, que deveria ser a maior característica do Estado Democrático de Direito dinâmico, deixa de existir e o debate acadêmico sobre qual sistema processual é adotado no ordenamento pátrio — inquisitório, acusatório ou misto — torna-se inócuo, haja vista que, no mundo do "ser", o juiz pode tudo, como a boca da lei. Diria Eugenio Raúl Zaffaroni que o Estado e seus agentes devem ter limites impostos pela lei em sentido estrito e o *"Judiciário é indispensável para isso. A contenção é feita pelos juízes. Sem limites, saímos do Estado de Direito e caímos em um Estado Policial*[2]*."*

1 Doutorando em Direito Processual Penal – PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado – PUC/RJ. Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri em Campo Grande-MS.

2 REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. Entrevista: Eugenio Raúl Zaffaroni, ministro argentino. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino.>. Acesso em: 16 jul. 2016.

Daí por que o equilíbrio do juiz no exercício de seu mister é de fundamental importância diante do constante estado de tensão do processo penal em estado dinâmico, já que "o Estado de Polícia se confronta com o Estado de Direito no interior do próprio Estado de Direito. Estar perto do modelo ideal de Estado de Direito depende da força de contenção do Estado Policial[3]".

É de se admitir que essa análise não é tarefa das mais fáceis porque a cultura antigarantista é por demais antiga. Como diz Luigi Ferrajoli, se o modelo garantista penal e processual não remonta há mais de dois séculos, sua lesões e refutações envolvem uma tradição autoritária e muito mais antiga que, infelizmente, jamais foi interrompida[4], o que, lamentavelmente, é fruto irrefletido e consolidado de práticas legislativas, judiciais e policiais. Nesse estado das coisas, sobrevém o denominado "decisionismo". Consoante FERRAJOLI:

> O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social (...)[5].

A crise de credibilidade por que trespassam as instituições — e agora no tocante ao Poder Judiciário — pode, no mais das vezes, contaminar alguns de seus membros, levando-os a embrenhar-se pelas perigosas valas dos fossos ativistas, quando, ad exemplum, acabam por extrapolar a sua função judicante de aplicador da lei, exercendo-o como um legislador concreto na tentativa de satisfazer o anseio da sociedade indignada. Nesse sentido, assinala Eros Roberto Grau:

> A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de justiça, ignara de que ela não existe em si e de que é incabível, como observara Epicuro [in Nizan 1991:151], discutirmos a justiça ou a injustiça da norma produzida ou da decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma nem outra (justiça ou injustiça) existem em si. Os sentidos de uma e outra são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança (segurança social), tal como concebida em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém — na dicção de Habermas [1992:241] — uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico[6].

Malgrado, em determinados momentos históricos de um país, ser evidente a condição de uma sociedade órfã, o Judiciário não deve se tornar o "superego da sociedade", por meio de interpretações que extrapolem os limites da lei, porque essa não é sua função constitucional, como diria Ingeborg Maus:

> [...] Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito 'superior', dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social[7].

A solidez de um Estado Democrático de Direito deve ser cimentada pela fiel observância à Constituição da República, no que emerge a grande responsabilidade do Poder Judiciário, cujos membros devem transmitir serenidade e segurança à sociedade autorizadora do fictício contrato social de Jean-Jacques

3 *Ibidem.*

4 *Op.cit.,* p. 44.

5 *Op.cit.,* p. 46.

6 GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 17.

7 MAUS, Ingebord. *Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade orfã'.* Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2016.

Rousseau, pois, a se permitir um Estado desprovido de freios, o apontado pacto social tende à derrocada[8], convolando-o no tão temido Leviatã de Thomas Hobbes de Malmesbury[9].

2 SISTEMAS JURÍDICOS

Para compreendermos de onde surgem novas modalidades (extensivas) de condução coercitiva no processo penal brasileiro, além daquelas exatamente previstas no direito objetivo, é preciso, antes, trazermos a lume breves conceitos de sistemas jurídicos.

A preocupação quanto à noção de sistemas está em prevenir equívocos correntes que soem acontecer entre operadores do direito, quando realizam comparações exemplificativas de modelos processuais de países diversos para argumentar que um seja mais profícuo que outro, quando, a rigor, os sistemas jurídicos são completamente diversos e incompatíveis.

Porém, quando se remete referido termo para o sentido jurídico, transmuda-se a complexidade em defini-lo porque não há sentido consolidado na doutrina. Mauro Fonseca Andrade[10] assinala:

> Autores consagrados, como Habermas e Luhmann, apesar de tratarem o tema com profundidade, em nenhum momento definiram, de forma clara e direta, o conceito de sistema jurídico. Por outro lado, também, se observa que, entre aqueles que se arriscaram a defini-lo, não se encontra um conceito unívoco de sistema jurídico. Ao contrário, se observa a existência de uma *polissemia conceitual*, fenômeno que, para a doutrina especializada, é fruto da ausência de um estudo mais profundo sobre o tema, da particular visão do investigador ou do período histórico analisado. [...]

De qualquer sorte, em termos singelos, pode-se dizer que, para a Ciência Jurídica, sistema é algo construído racionalmente pelo jurista, com o fito de unir as partes do objeto estudado, formando um todo, ou seja, um conjunto de enunciados lógicos emitidos pelo jurista diante da ordem jurídica, que tem valor descritivo ou informativo.

Mas, é possível dizer que, no atual estádio do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem conter a fundamentação satisfatória a assegurar total compreensão do livre convencimento do juiz e das regras e princípios que se entenda aplicáveis ao caso concreto, máxime nos casos difíceis. Alerta Lenio Luiz Streck[11]:

> Isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada* e *justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

8 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social. Princípios do Direito Político.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 126-7. "*Por fim, quando o Estado, à beira da ruína, já não subsiste senão por uma forma ilusória e vã, quando o vínculo social se rompeu em todos os corações, quando o mais vil interesse se pavoneia impudentemente com o nome sagrado do bem público, então a vontade geral emudece a todos, guiados por motivos secretos, jão* não opinam como cidadãos, como se o Estado jamais tivesse existido, e fazem-se passar fraudulentamente, sob o nome de leis, decretos iníquos cuja única finalidade é o interesse particular". Decorre daí que a vontade geral esteja aniquilada ou corrompida? Não. Ela é sempre constante, inalterável e pura, mas está subordinada a outras que a sobrepujam. [...]"

9 HOBBES, Thomas. Thomas Hobbes de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 77.

10 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 37-8.

11 STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. Disponível em: <*http://www.direitocontemporaneo.com*>. Acesso em: 7 de jun. 2016.

Tal preocupação se dá porque não se pode confundir o avanço da teoria dogmática na interpretação da norma com a total liberdade de decidir dos juízes em franca discricionariedade, ou mediante o descabido ativismo judicial, que se dá em flagrante violação ao princípio da separação dos poderes, dentre outros, ou mediante decisões que, equivocadamente, invocam teorias oriundas de sistemas jurídicos alienígenas e de total incompatibilidade ao sistema jurídico brasileiro, demonstrando desconhecimento teórico do operador do direito nas matérias propedêuticas.

Portanto, para se afirmar que há similitude técnica entre dois sistemas jurídicos de países distintos, é preciso que o operador os depure verticalmente, a partir das Constituições, cotejando todas as estruturas, sistemas e subsistemas, para, somente ao final desse processo de investigação, chegar-se à conclusão da compatibilidade ou não. Há sistemas que, de antemão, já se afiguram incompatíveis, como, por exemplo, entre os que adotam o *common law* e o *civil law*.

3 O SISTEMA JURÍDICO AMERICANO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA BRASILEIRO

No sistema americano (direito consuetudinário), o Judiciário tem amplitude maior em suas decisões na medida em que opera com os precedentes judiciais e as watershed cases. Isso porque o sistema norte-americano baseia-se em uma Constituição de pouquíssimos artigos, ou seja, em uma Constituição sintética e complementada pela Declaração de Direitos (Bill of Rights), documento ratificado em 15 de dezembro de 1791, integrado por emendas— ao contrário da nossa, de conteúdo analítico e programático.

Oportuno dizer que a perspectiva da Bill of Rights é da visão federalista e da proteção dos direitos individuais frente ao estado americano. Esse sistema se difere do brasileiro, porquanto, entre nós, o juiz se adstringe à interpretação do direito positivo, sem maiores amplitudes, na medida em que o Poder Constituinte Originário optou pela adoção de um modelo de constituição analítica. Para José Afonso da Silva[12]:

> O constituinte rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia (...) Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social democrática imperfeita, reconheça-se.

Daí já se denota a flagrante distinção entre o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico americano, de tal arte a "importar-se" a Teoria dos Poderes Implícitos sem que, previamente, o intérprete busque conhecer suas raízes.

Segue-se que, dentro do sistema *civil law* — adotado pelo ordenamento jurídico pátrio —, não cabe ao juiz criminal investigar institutos processuais adotados na legislação alienígena por total incompatibilidade sistêmica. Em Guilherme de Souza Nucci:

> O Direito brasileiro adota o sistema denominado *civil law* (em tese), vale dizer, o sistema codificado. Nossos magistrados devem ser 'escravos' da lei. De onde o Judiciário retira a sua legitimidade para atuar? Afinal, seus membros não prestam contas à sociedade de maneira direta: não são eleitos pelo povo. A legitimidade da sua atuação advém do cumprimento estrito da Constituição — elaborada pelos representantes do povo —, bem como das leis —, igualmente constituídas pelo Parlamento e sancionadas pelo Executivo (sob eleição do povo). Mas o que se sabe, na prática, é a fuga da legalidade por meio da interpretação, algo que não chama a atenção da sociedade leiga.

12 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 8.

Portanto, resta evidente o descabimento da "importação" de determinados institutos previstos em legislações estrangeiras, quando o subsistema do processo penal brasileiro é consubstanciado na Constituição Federal e em seus princípios retores, dentre os quais o devido processo legal e a legalidade estrita.

A questão da condução coercitiva sem prévia intimação do investigado, como tem sido autorizado ultimamente por alguns juízes brasileiros, é mais uma "importação" do sistema americano[13], o qual é totalmente incompatível com nossa ordem jurídica, visto que, como cediço, entre nós, só há previsão expressa de condução coercitiva daquele que, intimado regularmente, deixa de comparecer injustificadamente, perante a autoridade. De modo algum, nosso sistema jurídico admite que se busquem interpretações ampliativas ou baseadas em princípios, como, por exemplo, da proporcionalidade, quando, como dito, se trata de norma expressa, de conteúdo restritivo de liberdade.

4 A CONDUÇÃO COERCITIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em linhas gerais, a condução coercitiva funciona no Processo Penal, de sorte a impor o comparecimento perante a autoridade daquelas pessoas que, regularmente intimadas, deixaram de apresentar-se injustificadamente (CPP, art. 411, § 7º[14], e art. 535[15]).

Assim que, se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, a autoridade poderá proceder à condução coercitiva (CPP, art. 260[16]), conquanto essa disposição seja altamente questionável à luz da garantia constitucional do direito ao silêncio[17], notadamente porque se consolidou o entendimento de que o interrogatório é, sobretudo, meio de defesa.

O ofendido, caso deixe de comparecer à presença da autoridade, sem motivo justo, poderá ser conduzido (CPP, art. 201, § 1º[18])[19].

Quanto às testemunhas, caberá a condução coercitiva nas hipóteses em que, regularmente intimadas, deixarem de comparecer, caso em que o juiz ordenará o comparecimento em juízo, de forma impositiva (CPP, art. 218[20]).

O perito que não comparecer perante a autoridade poderá ser conduzido (CPP, art. 278[21]).

---

13 FEINMAN, Jay M. *Law 101*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2014. p. 306-7: *"*(…) *once the investigating officer is satisfied that there is probable cause to believe that buggsy held up the 7-Eleven, he will arrest him. Buggsy will be taken into custody (...) and booked by having his name and other information recorded (...)*" TRADUÇÃO LIVRE; "(...) uma vez que o investigador está convencido de que existe uma causa provável para acreditar que o suspeito praticou o fato delituoso, ele vai prendê-lo. O suspeito será levado em custódia (...) e terá seu nome e outras informações registrados nos arquivos policiais (...)".

14 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 411. "*'omissis'. § 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer"*.

15 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 535. "*Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer"*.

16 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 260. *"Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença"*.

17 A despeito de o STF (HC n. 95.518/PR, j. 28-5-2013) e o STJ (AgRg na CR 8.145/EX, j. 19-2-2014) ainda entenderem pela possibilidade de condução coercitiva do acusado, com base no artigo sobredito, entendemos, *a contrario sensu,* que o art. 260 do Código de Processo Penal não se compatibiliza com a Constituição Federal, que garante o direito de o acusado permanecer em silêncio, de sorte que não tem cabimento conduzi-lo *sob vara* para ato em relação ao qual demonstrou nítido desinteresse em comparecer. Sequer no plenário do Tribunal do Júri, atualmente, o acusado é obrigado a comparecer. Assim, a leitura a ser feita do mencionado art. 260 deve ser da condução coercitiva apenas, se for o caso, para o interrogatório de qualificação. Nesse sentido, Guilherme Madeira Dezem, *in* Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 559.

18 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 201. "'*omissis'*. § 1º *Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade*".

19 Sobre o ofendido, há grande debate atual sobre a obrigatoriedade de prestar depoimento, pois a tendência atual é prestigiar os direitos inerentes à vítima, dentre os quais respeitar seu direito de não querer prestar depoimento quando isso possa para ela causar revitimização. Nesse sentido, Guilherme Madeira Dezem, na obra citada, p. 579-80.

20 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 218. "*Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar que seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública*".

21 BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 278. *"No caso de não comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução"*.

No processo penal brasileiro, essas são as únicas possibilidades legais, à luz do direito positivo, de *restrição à liberdade* do indivíduo, por determinado tempo, para comparecer perante a autoridade. Vale lembrar que, à vista do princípio da legalidade, não é tolerável qualquer forma de intepretação extensiva da norma que possa afetar a liberdade de locomoção de pessoa submetida ao processo penal, seja investigado, ofendido, testemunhas, perito ou outros. Menciona Guilherme de Souza Nucci:

> Não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de condução coercitiva. É inexistente a fórmula *inventada* por alguns de se determinar diretamente a *condução coercitiva* de qualquer pessoa para ser ouvida como testemunha em certo lugar. Portanto, se isto ocorrer, configura evidente *abuso de autoridade*[22].

Não obstante, nos últimos tempos, tem-se visto, com enorme preocupação para a teoria do direito constitucional, algumas decisões judiciais que estão a transbordar as apontadas previsões legais de condução coercitiva.

Em outras palavras: por decorrência de eventuais investigações criminais, alentadas, em geral, pela mídia interessada em obter altos índices de audiência, decisões acabam por autorizar buscas e apreensões, prisões preventivas e temporárias e (agora) a condução coercitiva como uma nova medida justificada por alguns juízes para evitar a prisão cautelar, como se tratasse de um novel instituto de color mais benéfico ao investigado. Neste particular, se o fundamento é este, estamos diante de uma situação mais absurda ainda, pois se cria, por via oblíqua, uma nova espécie de medida cautelar pessoal, qual seja, medida substitutiva de prisão preventiva por criação judicial, contexto que não deixa de retroceder à vetusta e odiosa "prisão para averiguação".

Referida criação judicial afigura-se flagrantemente ilegal ante a visão vertical de interpretação constitucional do Processo Penal, por reluzente afronta, dentre outros, aos princípios do devido processo penal e da legalidade estrita.

No luminar do devido processo penal, provimentos estatais dessa ordem acabam por criar hipóteses novas de restrições (diga-se) judiciais — e não legais — de liberdade de locomoção, para além daquelas expressamente trazidas ao direito positivo pelo Poder legitimado para tanto (Legislativo).

A subversão, pelo Judiciário, da função Legislativa, viola a tão cara conquista da tripartição das funções estatais do Poder, cujo escopo sempre foi, nomeadamente, prevenir excessos do poder estatal por seus agentes (Teoria dos Freios e Contrapesos), consoante clássica lição de MONTESQUIEU:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
>
> Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.
>
> Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares[23].

22 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 126.

23 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 165.

Nesse sentido, o equívoco parece ocorrer na medida em que a teoria do direito não se confunde com a teoria da justiça — e aqui se está a aludir ao delicado debate entre os conceitos de "justiça" e de "direito".

Por isso, é preciso que o processo penal retome seu verdadeiro eixo de ritual de exercício de poder dentro do mosaico da democracia, sob pena de transformar-se em instrumento concreto de exercício autoritário de poder. Os juízes devem aplicar a lei, de conformidade com a produção legislativa de seu país, pois esta, bem ou mal, constitui o produto pronto e acabado do Legislativo da República, sob cujo arcabouço instrumental o Judiciário deve deduzir a jurisdição. Não lhes cabe substituir-se à função legislativa, ainda quando reputem que as leis são obsoletas, inócuas ou fracas, nomeadamente no âmbito do direito penal e do direito processual penal.

5 CONCLUSÕES

O Processo Penal brasileiro está amalgamado à alta carga axiológica da Constituição Federal de 1988, cuja roupagem histórica conquistada a duras penas é de um Estado Democrático de Direito.

Referida modelagem constitucional, porque de color hígido, põe-se a recomendar a salvaguarda dos direitos fundamentais, sobretudo nos momentos de crises institucionais, como as que o Estado brasileiro tem vivenciado nos últimos tempos. A solidez do Estado de Direito é testada em momentos deste jaez, pelo que se verifica flagrante equívoco buscar-se um Estado de Exceção para os direitos e garantias fundamentais como forma paliativa de resolução de problemas sócio-político estruturais do país.

O Poder Judiciário, porque desenvolve função eminentemente técnica — daí por que seus membros não são eleitos pelo povo e não exercem representação popular —, deve, em momentos como este, continuar a exercer seu papel de intérprete da lei, já que a extrapolação, para substituir-se ao legislador, configura perigoso caminho em direção ao autoritarismo, com a agravante de que, muitas vezes, isso ocorre de maneira até inconsciente, ao contrário do que ocorria outrora na história.

Nessa ordem de ideias, é preciso que o operador do direito tenha em mente a noção de sistemas jurídicos porque exatamente pela desconsideração desta temática é que muitos equívocos podem ocorrer de maneira involuntária, pois, como dito neste artigo, a invocação de outros sistemas jurídicos exige cotejamento altamente técnico pelo operador, especialmente pelo juiz, ao distribuir a jurisdição.

A condução coercitiva, na seara do processo penal brasileiro, sem prévia intimação do investigado ou acusado, como tem sido ultimamente autorizado por alguns juízes, configura mais uma espécie de "importação" equivocada de sistemas jurídicos incompatíveis, máxime do sistema americano. No direito positivo brasileiro, a condução coercitiva funciona no Processo Penal, de modo a impor o comparecimento perante a autoridade daquelas pessoas que, regularmente intimadas, deixaram de apresentar-se injustificadamente (CPP, art. 411, § 7º, e art. 535), pelo que, se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, a autoridade poderá proceder à condução coercitiva (CPP, art. 260).

No processo penal brasileiro, essas são as possibilidades legais, à luz do direito positivo, de *restrição à liberdade* do indivíduo, por determinado tempo, para comparecer perante a autoridade. Vale lembrar que, à vista do princípio da legalidade, não é tolerável qualquer forma de intepretação extensiva da norma que possa afetar a liberdade de locomoção de pessoa submetida ao processo penal, seja investigado, ofendido, testemunhas, perito ou outros.

As hipóteses de condução coercitiva no ordenamento jurídico pátrio são aquelas previstas taxativamente em lei, por constituírem medidas restritivas de liberdade de locomoção, logo, insuscetíveis de interpretações extensivas.

Os juízes devem aplicar a lei, de conformidade com a produção legislativa de seu país, pois esta, bem ou mal, constitui o produto pronto e acabado do Legislativo da República, sob cujo arcabouço instrumental o Judiciário deve deduzir a jurisdição. A subversão, pelo Judiciário, da função Legislativa, viola a tão cara conquista da tripartição das funções estatais do Poder, cujo escopo sempre foi, nomeadamente, prevenir excessos do poder estatal por seus agentes.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FEINMAN, Jay M. ***Law 101***. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAUS, Ingebord. **Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade orfã'**. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. Entrevista: Eugenio Raúl Zaffaroni, ministro argentino. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>. Acesso em: 16 jul. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social. Princípios do Direito Político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. HOBBES, Thomas. Thomas Hobbes de Malmesbury. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários**. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com>. Acesso em: 7 de jun. 2016.

DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE RELATIVA À POSSIBILIDADE JURÍDICA

Bruna Bossay Assumpção Fassa[1]

Resumo: Este trabalho tem por finalidade analisar e defender a possibilidade jurídica da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, que se caracteriza pela renúncia da aposentadoria pelo segurado que continua trabalhando após aposentar-se. Com a desaposentação, busca-se obter o recálculo do benefício de aposentadoria concedido anteriormente, face ao acréscimo de tempo de contribuição. Os argumentos contrários à sua concessão serão contestados com fundamento na Constituição Federal brasileira de 1988, de modo a vislumbrar que o instituto em apreço é legítimo e, portanto, exigível pelos aposentados que permanecem no mercado de trabalho. A justificativa pode ser resumida à maior e incontestável garantia - e fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito -, a dignidade da pessoa humana. Conforme será demonstrado, não obstante o recente veto da norma que regulamentaria a desaposentação, não existem óbices para o seu deferimento, tanto que pela via judicial ela está sendo concedida, de acordo com o entendimento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, nenhum obstáculo financeiro deve sobrepor-se aos direitos fundamentais da pessoa.

Palavras-Chave: 1. Desaposentação. 2. Regime Geral de Previdência Social. 3. Constituição Federal. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Aposentadoria.

Sumário: 1. Introdução; 2. Seguridade Social; 2.1. Previdência social como direito social; 2.2. Interpretação das leis previdenciárias; 3. Aposentadoria no RGPS; 3.1. Aposentadoria por invalidez; 3.2. Aposentadoria por idade; 3.3. Aposentadoria por tempo de contribuição; 3.4. Aposentadoria especial; 4. Desaposentação; 4.1. Conceito e espécies; 4.2. Possibilidade jurídica da desaposentação; 4.2.4. Legislação aplicável; 4.2.5. Restituição dos valores percebidos na primeira aposentadoria; 4.2.6. Manutenção do equilíbrio atuarial; 4.2.7. Veto. 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em vista do notório e recorrente debate acerca dos direitos dos aposentados, bem como face às demandas judiciais em evidência na atualidade - as quais estão rompendo barreiras do Direito Previdenciário, a fim de não somente visar a aplicação pura da norma, mas concretizar os direitos elementares dos cidadãos – idealizou-se esta monografia.

São características próprias dos países em desenvolvimento as instabilidades econômicas e políticas, as quais provocam constantes alterações nas normas previdenciárias, principalmente em relação à aposentadoria, em razão de ser submissa ao fator expectativa de vida e diretamente ligada ao equilíbrio financeiro e atuarial.

A renda proveniente do benefício de aposentadoria é muitas vezes insuficiente para manter a qualidade de vida do aposentado, que diante disso prefere continuar trabalhando, a fim de complementar o ganho – deve, ainda, continuar contribuindo para a previdência pela atividade que exerce.

1 Monografia. Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. 53 f., 2015.

A questão complexa surge quando o aposentado que continua o labor decide aposentar-se de vez, pois não há previsão legal de revisão do benefício e parece não ser adequado que o mesmo não receba proventos maiores pelo tempo que continuou contribuindo para o sistema previdenciário. É a chamada desaposentação.

O trabalho pretende demonstrar que não há óbices jurídicos para a admissão do novo instituto dentro do Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista a natureza patrimonial disponível da aposentadoria, a ineficácia dos direitos hoje previstos aos aposentados que continuam no mercado de trabalho, a primazia da liberdade do indivíduo - sem que isso implique em desrespeito aos direitos coletivos -, bem como a soberania do princípio da dignidade humana.

Para isso, será feita uma introdução histórica acerca da Seguridade Social, a qual engloba a Previdência Social, em que serão descritas suas principais características (Capítulo 2). Adiante, no Capítulo 3, serão abordadas as espécies de aposentadoria vigentes no sistema e seus requisitos legais, pois imprescindíveis para o posterior deferimento da desaposentação. No 4º Capítulo será tratado do tema proposto - desaposentação no Regime Geral de Previdência Social e sua possibilidade jurídica.

Nesta monografia a metodologia utilizada foi a lógica analítica, pois partiu do todo para adentrar ao tema e, assim, compreender como se relacionam. A coleta de dados foi feita a partir da revisão bibliográfica, cujos dados secundários foram obtidos na Constituição Federal, nas Leis Codificadas, na legislação ordinária, na doutrina e na jurisprudência.

2 SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social nem sempre teve a forma pela qual é conhecida atualmente. Marisa Ferreira dos Santos ensina que sua evolução histórica pode ser dividida em assistência pública, seguro social e seguridade social.[2]

O amparo ao próximo esteve sempre presente na história por meio da caridade e gerava mera expectativa de direito[3], pois era exercida especialmente por quem se sensibilizasse, de modo que para sustentar a si e sua família o sujeito dependeria dos recursos da comunidade.

Augusto Massayuki Tsutiya aponta que o assistencialismo existia já na Antiguidade, por meio dos Códigos de Hamurabi, da Babilônia[4] (23 séculos a.C.), de Manu, da Índia (Século XIII a.C.) e Lei das XII Tábuas (330 anos a.C.).[5]

A obrigação passou a ser do Estado - com auxílio da Igreja para recolher as contribuições - a partir de 1601, com a edição do *Act of Relief of the Poor*, na Inglaterra, o qual originou a assistência pública, prestada aos comprovadamente necessitados. Também algumas categorias criaram fundos com caráter

2 SANTOS, Marisa Ferreira. LENZA, Pedro (coord.). **Direito previdenciário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

3 SANTOS, Marisa Ferreira. Idem, p. 27.

4 **Código de Hamurabi**: código de Manu, excertos : (livros oitavo e nono) : Lei das XII Tábuas. Série Clássicos. São Paulo: EDDIPRO, 1994. p. 16-7: [...]
Art. 23. Se o assaltante não foi preso, o assaltado declarará diante de deus todos os objetos roubados; a cidade e o governador, em cuja terra e distrito foi cometido o assalto, o compensarão por todos os objetos perdidos.
Art. 24. Se o que se perdeu foi uma vida, a cidade e o governador pesarão uma mina de prata para sua família. [...]
Art. 32. Se um mercador resgatou um oficial ou um gregário, que fora feito prisioneiro em uma expedição do rei e o fez retornar à sua cidade, se ele tem em sua casa com que resgatar-se, resgatará a si mesmo; se não tem em sua casa como resgatar-se, será resgatado pelo templo do deus de sua cidade; se no templo do deus não há como resgatá-lo, o palácio deverá resgatá-lo; mas seu campo, seu pomar e sua casa não serão dados para resgatá-lo.

5 TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.35.

mutualista para amparar seus membros, destacando-se o dos armadores de navio, que era semelhante ao seguro de vida do Código Civil.[6]

Mais tarde, as consequências da Revolução Francesa (1789), tais como doenças, desemprego, fome e orfandade, fomentaram o desenvolvimento de outro sistema de seguridade, uma vez que a assistência já não era suficiente para combater as intempéries.

Com isso, empresas seguradoras foram criadas, entretanto, como tinham fins lucrativos, os seguros decorriam de contratos e somente recebia aquela pequena parcela da população que podia pagar o prêmio, isto é, não atendia a classe assalariada.

Com vistas a atender a população mais suscetível, o Estado reconheceu o dever de administrar o seguro, que seria então obrigatório e mais amplo, com o custeio realizado pelos empregadores e empregados em conjunto com o Poder Público. De mera expectativa de direito, o novo amparo (seguro social) transformou-se em direito subjetivo do trabalhador.[7] A Prússia foi a primeira a adotar o seguro social, com da Lei do Seguro Doença, em 1883, aplicando a ideia de Bismarck.

Esse modelo estendeu-se pela Europa até meados do século XX e enfraqueceu diante das sequelas da Primeira Guerra Mundial. Tanto que em 1919 um regime universal de justiça social foi pactuado no Tratado de Versalhes, estimulando o desenvolvimento de vários tipos de seguros, por meio da criação da OIT.[8]

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945) certamente foi um fato marcante para a história da humanidade, seus danos fomentaram uma ação intervencionista dos Estados relativa à proteção de seus povos, com vistas a assegurar um padrão mínimo de vida e enfatizando o resguardo dos direitos humanos. Tal cenário foi nominado de Estado do Bem Estar Social, o qual alterou significativamente a realidade da maioria das políticas públicas no mundo, conforme será discorrido.

Com o referido panorama, a atenção voltou-se ao trabalhador. Idealizou-se um sistema que amparasse todas as pessoas, com larga abrangência e que estivesse disponível em qualquer momento – enfim, a seguridade social.

O Plano Beveridge da Inglaterra, 1942, é considerado o primeiro sistema de seguridade social. Nele regulamentou-se a saúde, a assistência e a previdência, bem como foi garantida a proteção de todos os trabalhadores. Reconheceu, ainda, que quanto maior a permanência do segurado, maior seria o benefício.[9]

Em 1944, a Declaração de Filadélfia trouxe orientações para a padronização dos sistemas de seguridade social e inovou ao abranger além dos trabalhadores registrados, suas famílias e os trabalhadores

6 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p. 28.

7 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p. 30.

8 TRAITÉ DE PAIX
PRINCIPLES GÉNÉRAUX, Article 447. [...]
Parmi ces méthodes et principes, les suivants paraissent aux Hautes Parties Contractantes être d'une importance particulière et urgente:
1. Le principe dirigeant ci-dessus énonce que le travail ne droit pas être considéré simplement come une marchandise ou un article de commerce.
2. Le droit d'association en vue de tous objets non contraires aux lois, aussi bien pour les employeurs.
3. Le payement aux travailleurs d'une salaire leur assurant un niveau de vie convenable tel qu'on le comprend dans leur temps et dans leur pays. [...]
8. Les régles édictées dans chaque pays au sujet des conditions du travail devront assurer un traitment économique équitable à tous les travailleurs résidant légalement dans le pays. [...]

9 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p. 32.

rurais e autônomos.[10] Pouco depois, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu ser imprescindível um sistema de seguridade, a fim de garantir o direito à segurança.[11]

Também muito importante foi a Convenção n. 102 (Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social), da 35ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1952), a qual pretendia a participação dos Estados a fim de implantar padrões mínimos de seguridade social, com observação das técnicas mais avançadas, entretanto, pôde ser atendida apenas por alguns países, em razão de dificuldades econômicas.[12]

Importante notar que a seguridade social difere do seguro social por ser condicionada à necessidade e não ao risco, isso porque não corresponde a uma indenização face aos infortúnios; o objetivo da seguridade social é garantir ao indivíduo uma condição de vida mínima e digna. Além disso, é modelo de reparação/auxílio, quando frente à situação de fato, denominada contingência.[13]

No Brasil, a proteção social foi pela primeira vez abordada, de modo singelo, na Constituição de 1824, a qual determinava ser responsabilidade do Estado a criação dos "socorros públicos", que abrangiam apenas a saúde e a assistência social:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (*sic*) [...]
>
> XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros públicos. (*sic*)

Logo após, em 1830, surgiram os Montepios - sistemas de previdência para determinadas categorias de profissionais - o de maior notoriedade é o Montepio dos Correios.

A Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923), é considerada o primeiro sistema de previdência social do Brasil. Foi criado para os ferroviários e previa os benefícios de aposentadoria (hoje correspondente à por tempo de contribuição), aposentadoria por invalidez, pensão por morte, proteção contra acidentes de trabalho e assistência médica, o custeio era feito pelos trabalhadores e pelos usuários de transporte, com exceção à assistência médica que era bancada pelo empregador.

A Constituição de 1934 consagrou a tríplice fonte de custeio, bem como foi a primeira a trazer a expressão "previdência":

> Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

10 DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA [...]
III. A Conferência reconhece a obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho secundar a execução, entre as diferentes nações do mundo, de programas próprios à realização: a) do pleno emprego e da elevação do nível de vida; b) do emprego dos trabalhadores em ocupações nas quais tenham a satisfação de aplicar toda a sua habilidade e os seus conhecimentos e de contribuir da melhor forma para o bem-estar comum. c) para atingir esse objetivo, da concretização, mediante garantias adequadas para todos os interessados, de possibilidades de formação e meios próprios para facilitar as transferências de trabalhadores, incluindo as migrações de mão de obra e de colonos; d) da possibilidade para todos de uma participação justa nos frutos do progresso em termos de salários e de ganhos, de duração do trabalho e outras condições de trabalho, e um salário mínimo vital para todos os que têm um emprego e necessitam dessa proteção; e) do reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e da cooperação entre os empregadores e os trabalhadores para a melhoria contínua da organização e da produção, assim como da colaboração dos trabalhadores e do s empregadores para a elaboração e aplicação da política social e econômica; f) da extensão das medidas de segurança social com vista a assegurar um rendimento de base a todos os que precisem de tal proteção, assim como uma assistência médica completa; g) de uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; h) da proteção da infância e da maternidade; i) de um nível adequado de alimentação, de alojamento e de meios recreativos e culturais; j) da garantia de igualdade de oportunidades no domínio educativo e profissional.

11 DECLARAÇÃ UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS [...]
Artigo XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

12 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p. 33.

13 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p. 34.

> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]
>
> h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

A Carta Magna de 1937 utilizou a expressão "seguro social" e estabeleceu alguns seguros específicos:

> Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: [...]
>
> l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;
>
> m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;
>
> n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

A Carta Constitucional de 1946 trouxe a pré-existência de custeio e a expressão "previdência social":

> Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...]
>
> XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;
>
> XV - assistência aos desempregados;
>
> XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; (*sic*)
>
> XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

A mais importante, por óbvio, é a Constituição Federal de 1988, porque foi a primeira a tratar de fato da matéria, bem como estruturou a Seguridade Social como é até hoje.

O artigo 194, CF/88, conceitua a Seguridade Social como um "conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social". Sendo que cada âmbito da Seguridade (saúde, previdência social e assistência social) tem regulamentação constitucional e infraconstitucional específica, como será abordado em breve.

O mesmo artigo define objetivos, também convencionados pela doutrina como princípios.

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento garante que ninguém em território nacional é excluído da proteção à dignidade, pois deve haver garantia do mínimo indispensável para a sobrevivência. A cobertura se refere ao objeto de prestação, cuja abrangência deve ser a maior possível,

alcançando as fases de prevenção, proteção, e recuperação das contingências. O atendimento, por sua vez, alude sobre o sujeito de direito, que são todos.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais exige que a proteção social para trabalhadores urbanos e rurais seja a mesma (uniformidade), já as prestações de benefícios devem ser equivalentes, isto é, proporcionalmente iguais.[14]

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços representa: a seletividade, a delimitação do rol dos benefícios mantidos pela Seguridade Social[15] e a distributividade visa direcionar tais prestações àqueles com maior necessidade. É estabelecido pelo legislador de acordo com a justiça social e a possibilidade econômico-financeira do sistema.

A Constituição Federal de 1988 também traz a irredutibilidade do valor dos benefícios, princípio que gera divergências entre os doutrinadores. Hugo Goes cita que alguns deles, a exemplo de Fábio Zambitte Ibrahim, Marcelo Leonardo Tavares, entre outros, defendem que esse princípio veda a redução do valor real do benefício; em sentido contrário, Sérgio Pinto Martins, que acredita tratar-se do valor nominal.[16] Apesar da divergência, por interpretação ao artigo 1º, parágrafo único, IV, do Regulamento da Previdência Social, considera-se que a irredutibilidade do valor dos benefícios visa preservar o poder aquisitivo do beneficiário.

Outro princípio é a equidade na forma de participação no custeio. Criado a partir do art. 5º, da Constituição Federal, determina que os recolhimentos sejam feitos de acordo com a capacidade financeira de cada contribuinte. Por isso as empresas têm alíquotas maiores que os segurados, previstas na Lei n. 8.212/91, com respaldo no parágrafo 9º do artigo 195 da CF.

O princípio da diversidade da base de financiamento cita a existência de várias fontes de arrecadação. O artigo 195 da CF dispõe que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, e especifica as formas de contribuição. Não obstante, outras formas podem ser criadas, segundo o parágrafo 4º do citado artigo, mediante lei complementar - entendimento dos ministros do STF.[17]

O último princípio estabelecido no artigo 194 da CF/88 é o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite**,** decorrente do art. 10 da Constituição Federal, o qual assegura a participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos que discutam e deliberem sobre matéria de interesse profissional ou previdenciário.

Há ainda, alguns elencados no artigo 195, §§ 5º e 6º, são: preexistência do custeio, pelo qual qualquer benefício, antes de ser criado, aumentado ou estendido deve ter uma fonte de custeio total, e a anterioridade nonagesimal, isso é, as contribuições só poderão ser exigidas após noventa dias de publicação da lei que as instituiu ou modificou.[18]

Alguns autores, tal qual Hugo Medeiros Goes[19] e Augusto Massayuki Tsutiya[20] ainda apontam a solidariedade como um dos princípios da Seguridade Social. É a solidariedade que justifica o modelo atual do sistema, no qual os mais jovens contribuem para custear os benefícios dos mais velhos, os saudáveis contribuem para custear os benefícios dos doentes, acidentados ou inválidos, ou mesmo para os benefícios da Assistência Social, todos com a esperança de um dia também poderem obter os seus direitos.

14 GOES, Hugo Medeiros. **Manual de direito previdenciário**: teoria e questões. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014. p. 25.
15 GOES, Hugo Medeiros. Idem, p. 26.
16 GOES, Hugo Medeiros. *Op. cit*., p. 26.
17 STF, RE 258470/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1T, DJ 12/05/2000.
18 GOES, Hugo Medeiros. *Op cit,* p. 34-5.
19 GOES, Hugo Medeiros. *Op cit*, p. 36.
20 TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Op. cit*., p. 73.

A saúde, uma das integrantes da Seguridade Social, é prevista e regulamentada na Constituição Federal de 1988, artigos 196-200, e na Lei n. 8.080/90, e é destinada a todos, sem distinção de qualquer tipo. Atende, portanto, ao princípio da universalidade de atendimento e de cobertura, em que o Estado deve atuar nas etapas de prevenção, proteção e recuperação.

Conforme disposto no artigo 197 da Constituição Federal, as ações e serviços de saúde podem ser executados diretamente pelo Estado ou indiretamente, por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Esses últimos apenas de forma complementar, artigo 199, § 1º, CF.

A Assistência Social também é prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à Seguridade Social, com o objetivo de proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice, promover integração ao mercado de trabalho, habilitar e reabilitar as pessoas portadoras de deficiência e promover sua integração à vida comunitária e garantir um salário mínimo de benefício mensal à pessoa deficiente ou idosa que não possuir meios de sustentar-se, nem mesmo por sua família. [21]

O benefício de um salário mínimo mensal para os deficientes e idosos que não podem manter-se, nem mesmo por sua família, também denominado benefício de prestação continuada, previsto no Art. 203, V, da CF e disciplinado pelos artigos 20 e 21 da LOAS - Lei n. 8.472/93, merece destaque. É um benefício personalíssimo, que não tem natureza previdenciária, a fim de proteger os deficientes, tanto físicos como psíquicos, e os idosos com 65 anos ou mais, que tenham necessidade, em razão da dificuldade de inserção do mercado de trabalho.

Interessante trazer a Súmula n. 29 da TNU, em que é abordada a incapacidade para a vida independente, considerando-a não somente a interferência nas atividades elementares da pessoa, mas também a que impossibilita de prover o próprio sustento. Para tanto, os impedimentos devem durar por no mínimo 2 anos, constatada por perícia médica. A necessidade, por sua vez, é analisada em perícia social.

Adotou-se por algum tempo a comprovação da miserabilidade pelo cálculo da renda mensal *per capta* da família, não podendo essa ser maior que ¼ do salário mínimo, sob pena de ser indeferido o benefício. A referida posição é polêmica nos Tribunais, mas boa parte dos juristas hoje admitem outros meios de prova.

A Assistência Social é, outrossim, responsável por desenvolver programas sociais de integração.

Por sua vez, a Previdência Social também é reportada na Carta Maior, e gerida por algumas leis esparsas. O artigo 1º, da Lei n. 8.213/91, define o fim da Previdência: assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Ela é dividida em dois regimes, o privado e o público. O privado é restrito à Previdência Complementar, oferecida por entidades de direito privado, cujo objetivo é proporcionar uma renda adicional ao beneficiário, portanto a filiação é facultativa, e utiliza o regime de capitalização (técnicas de seguro e poupança).

Fazem parte do regime público o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e o Regime Previdenciário Próprio (RPPS) - esse último divide-se em: dos servidores ou dos militares -, os quais tem filiação obrigatória, caráter contributivo e adotam o regime de repartição simples.

O RGPS é regido pelo artigo 201 da Constituição Federal e Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/03 e 47/05, cuja regulamentação infraconstitucional se dá pelas Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91. O RPPS também é guiado pelas mesmas Emendas, possuindo como regulamentação esparsa básica as Leis n. 8.112/90, n. 9.171/98 e n. 10.887/04.

21 Constituição Federal de 1988, art. 203.

É conveniente ressaltar que a matéria a ser abordada neste estudo ficará restrita ao Regime Geral de Previdência Social, por esse motivo é indispensável a menção de algumas características gerais.

O RGPS garante aos segurados os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário família, salário maternidade e auxílio-acidente. Também são oferecidos serviço social e reabilitação profissional, inclusive para os dependentes.

O artigo 201 da CF veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do RGPS, exceto nos casos de atividade que prejudique a saúde ou a integridade física ou quando o segurado for portador de deficiência, também veda a renda mensal inferior a um salário mínimo dos benefícios que substituem o salário de contribuição ou rendimento do trabalho e a filiação ao RGPS como segurado facultativo quem participar de regime próprio de previdência.

O mesmo artigo prevê a correção monetária das bases das contribuições previdenciárias pagas, bem como a preservação do valor real do benefício e a gratificação natalina com base nos proventos o mês de dezembro de cada ano. A contagem recíproca para fins de aposentadoria, a incorporação dos ganhos habituais do empregado e o sistema de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda também estão disciplinados pelo artigo 201 da Constituição Federal. A cobertura do risco de acidente de trabalho é citada no parágrafo 10º, mas é condicionada a regulamentação infraconstitucional.

Considerando a relevância da aposentadoria para o estudo do tema proposto, será tratada em capítulo específico.

2.1 Previdência social como direito social

Pela análise das principais características da Previdência Social é preciso considerar sua participação no ramo do Direito Social, tendo em vista o objetivo de atingir o bem comum, por meio de mecanismos que garantem segurança e qualidade de vida aos segurados.

Tal qualificação, não obstante, é expressamente estabelecida no artigo 6º da Constituição da República: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

É um Direito Social enquadrado hoje nos direitos fundamentais da terceira dimensão, pois é transindividual, ou seja, não se limita a um indivíduo, e sim ao gênero humano.[22] Sendo um direito fundamental, é imprescindível a atuação positiva do Estado, o qual possui o dever de efetivá-los.[23]

É de interesse comum à sociedade preservar condições de vida mínima a todos os integrantes, bem como cobrar a ação positiva do Poder Público. Fábio Zambitte Ibrahim ensina, citando o autor Uadi Lammêgo Bulos, que é um poder/dever do cidadão; poder pela faculdade constitucionalmente prevista e dever por ser obrigação de todos a constante cobrança pelo desenvolvimento social.[24]

Sem embargo, configura meio de união do corpo social, por meio da solidariedade, tendo em vista a arrecadação de recursos de todos os filiados para o financiamento dos benefícios recebidos por aqueles que comprovem terem sido atingidos pelas contingências previstas na norma legal.

22 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 959-960.

23 LENZA, Pedro. Idem, p. 969.

24 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 13.

Verifica-se, portanto, que a Previdência Social visa proteger interesses difusos e coletivos sem suprimir os individuais, pois inseparáveis e complementares para a seguridade social.

2.2 Interpretação das leis previdenciárias

O advento do Estado do Bem-Estar Social afetou até mesmo os mecanismos de interpretação do Direito. No período pós Revolução Francesa (a partir de 1799), a análise configurava uma atividade meramente declaratória; restringia-se a conflitos individuais a partir da norma positivada. Após, com a era da preocupação social e humanitária, configurou-se uma atividade constitutiva - devido à posição intervencionista do Estado nos direitos sociais -, a qual encara o indivíduo como parte de uma realidade, de um todo.[25]

Não obstante as possíveis regras direcionadas à hermenêutica dos direitos público e privado, é previamente fundamental entender o Direito Previdenciário como componente de um aglomerado de matérias jurídicas versando sobre um objetivo comum, mas que não configura ramo específico do Direito; nele estão presentes, além do Previdenciário, o Direito do Trabalho, o Sindical, Processual do Trabalho, Previdenciário Procedimental, Legislação de Assistência Social, entre outros.[26]

A desconsideração de um ramo próprio ao Direito Previdenciário não inibe sua autonomia, tendo em vista a existência de leis, doutrinas, jurisprudências e objetos singulares. Pelo mesmo motivo é importante esclarecer que apesar de participarem do mesmo grupo, é um equívoco interpretar as normas previdenciárias como se trabalhistas fossem.

Certamente, por versar sobre os direitos sociais, e, assim, presar pela dignidade humana, é essencial que a interpretação vise um bem estar mínimo, por meio de abordagens pragmáticas, nas quais devem ser afastadas as opiniões íntimas, acrescentando um espírito social[27] para alcançar o fim da hermenêutica: encontrar a real finalidade da lei, a verdadeira intenção do legislador ao elaborá-la - e, mais que isso, adequar essa intenção à realidade social, política e econômica do caso concreto.

Fábio Zambitte Ibrahim defende ainda a dissociação da hermenêutica previdenciária dos valores morais reprováveis ou socialmente polêmicos, uma vez que a interpretação não deve desviar do propósito maior definido pelo Estado, o bem social. Por isso no ramo do Direito Previdenciário muitas vezes a norma é interpretada a favor do beneficiário – *semper in dubiis benigniora, proeferenda sunt*[28].

Da análise depreende-se que a interpretação do Direito Previdenciário demanda um novo modo de pensar, levando em conta a interferência do Estado e as relações entre os indivíduos. Ainda assim, há de ser pensado como didaticamente autônomo dos demais ramos, superando conceitos tradicionais a fim de conquistar o bem maior.

3 APOSENTADORIA NO RGPS

O benefício de aposentadoria tem o objetivo de sustentar os segurados que já contribuíram o suficiente para a Previdência Social, por motivo de idade ou por tempo de contribuição, ou que não podem mais contribuir (como na aposentadoria por invalidez).

25 NASCIMENTO , Sérgio do. **Interpretação do direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
26 IBRAHIM, Fábio Zambitte, *Op cit*, p. 18.
27 IBRAHIM, Fábio Zambitte, *Op cit*, p. 22.
28 Em casos duvidosos, sempre se proferirá a solução mais benigna.

O artigo 201 da Constituição Federal estabelece algumas regras gerais da aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social, as quais serão mais bem estabelecidas pela Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91).

Existem quatro tipos de aposentadoria no RGPS: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria especial. Cada espécie de aposentadoria conta com requisitos específicos, que serão demonstrados a seguir.

3.1 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez tem o propósito de suprir a renda trabalhista do segurado que cumpriu a carência de 12 contribuições (dispensada em casos de acidente ou quando após filiar-se ao RGPS o segurado é acometido de alguma das doenças elencadas no artigo 151 da Lei n. 8.213/91[29]) em casos de incapacidade total e permanente, isso é, quando é impossível a reabilitação do obreiro para qualquer outra atividade, sendo devida enquanto permanecer tal condição, comprovada por meio de perícia médica a cargo do INSS, realizada também a cada dois anos, depois de deferido o benefício.

A mencionada perícia pode constatar também a possibilidade de reabilitação do segurado ou a necessidade de tratamento médico, os quais devem ser seguidos, exceto procedimentos cirúrgicos e transfusão de sangue, conforme dispõe o artigo 101 da Lei n. 8.213/91.

A aposentadoria por invalidez é prevista na Constituição Federal (artigo 201, I, CF) e nos artigos 42 a 47 da Lei n. 8.213/91, regulamentada no Decreto n.3.048/99, artigos 43 a 50.

Os dispositivos legais citados além de estabelecerem hipóteses em que será devida a aposentadoria por invalidez, definem o valor do salário benefício - o qual, na forma fixada pelo artigo 39, II, do Decreto n. 3.048/99, será de 100%, exceto se o auxílio-doença for superior em razão do reajustamento, cujo valor prevalecerá -, permitem o acompanhamento de médico de confiança do segurado na perícia, à sua custa, bem como limita o direito em relação à doença ou lesão incapacitante preexistente, pois somente se agravar ou progredir poderá ser beneficiário.

Com a constatação da incapacidade total e permanente pelo perito, o prazo para o recebimento da aposentadoria pode variar conforme a situação do segurado. Se precedida de auxílio-doença, a partir do dia imediato ao da cessação desse, conforme sistematiza o artigo 43 da Lei n. 8.213/91, com algumas exceções:

> Art. 43. [...]
>
> § 1.º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida:
>
> a) Ao segurado empregado, a contar do 16.º dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de 30 dias, e;
>
> b) Ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de 30 dias.

29 Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

> § 2.º Durante os primeiros 15 dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário.

Uma garantia importante é o acréscimo de 25% no valor do benefício caso o aposentado por invalidez precise de assistência permanente de outra pessoa, o qual é devido mesmo que a aposentadoria esteja no limite máximo legal, sendo reajustado quando o benefício originário for reajustado. Tal garantia cessa com a morte do aposentado e não pode ser incluído em pensões[30], em razão de seu caráter personalíssimo e indenizatório.

O artigo 46 da mesma Lei define que se o aposentado por invalidez retornar voluntariamente ao labor, seu benefício será cancelado de modo automático, a partir da data do retorno.

Se, no entanto, for verificada a recuperação de sua capacidade para o trabalho, a aposentadoria cessará da seguinte maneira: recuperando em cinco anos a partir do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, será interrompida de imediato para o segurado que retornar à função na mesma empresa em que se aposentou; ou após tantos meses quanto forem os anos de duração do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, para os demais segurados.[31]

Caso haja uma recuperação parcial da capacidade laborativa ou ocorra após cinco anos, ou ainda caso o segurado seja reabilitado para função diversa da que exercia habitualmente, a aposentadoria será mantida. Permanecerá no seu valor integral por seis meses a partir da recuperação da capacidade, reduzindo 50% após esse período, depois de mais seis meses será reduzido de 75%, até que cessará definitivamente.[32]

3.2 Aposentadoria por idade

Marisa Ferreira dos Santos refere-se à aposentadoria por idade como a mais importante, tendo em vista a presunção da incapacidade laborativa feita pelo legislador[33], o qual exigiu carência de 180 contribuições mais idade mínima do segurado, 65 anos para homens e 60 para mulheres.[34] A Lei n. 10.666/03 permitiu a dissociação temporal dos requisitos por meio da nova redação do §1º do artigo 102, da Lei n. 8.213/91, cujo teor é repetido no *caput* do artigo 30 do Estatuto do Idoso[35]:

> Art. 102. [...]
>
> § 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

A aposentadoria por idade pode ser requerida pelo segurado quando preencher os requisitos ou pela empresa em razão da idade máxima, 70 para homens e 65 para mulheres, configurando a aposentadoria compulsória – a qual pressupõe o recebimento de indenização trabalhista.[36]

30 Art. 45 da Lei n. 8.213/91.

31 Art. 47, I, alíneas "a" e "b", Lei n. 8.213/91.

32 Art. 47, II, alíneas "a", "b", "c", da Lei n. 8.213/91.

33 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op. cit*., p.238.

34 Art. 48, *caput*, Lei n. 8.213/91.

35 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: Lei 8213/91, de julho de 1991. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 240 e 427-8.

36 Art. 51, da Lei n. 8.213/91.

Para os trabalhadores rurais a idade é reduzida de 5 anos, porém devem comprovar o exercício da atividade rural por tempo igual ao da carência (180 meses), no período imediatamente anterior ao requerimento, ainda que tenha sido exercida de forma descontínua, consoante o § 2º do artigo 48, Lei n. 8.213/91. Caso não obtenham o tempo de trabalho necessário somente com o cômputo da atividade rural, mas com a soma de contribuições sob outras categorias de segurado, a idade mínima é de 65 anos para homens e 60 para mulheres, regulamento contido no § 3º do referido artigo.

O artigo 49 da mesma Lei define a data de início do benefício. Para os empregados, mesmo os domésticos, será a partir da data do desligamento quando requerida até essa data ou até 90 dias depois dela. Também poderá ser na data do requerimento se o empregado não for desligado, ou se se for requerida após os 90 dias. Para os demais segurados a DIB será na data da entrada do requerimento.

O benefício consistirá em uma renda mensal de 70% do salário-benefício, mais 1% deste por grupo de 12 contribuições, não ultrapassando 100% do salário-benefício (artigo 50, Lei n. 8.213/91).

3.3 Aposentadoria por tempo de contribuição

Recentemente a aposentadoria por tempo de contribuição sofreu alterações pela Medida Provisória 676, de 17 de junho de 2015 (posteriormente convertida em lei, n. 13.183 de 2015) a qual acrescentou à Lei n. 8.213 o artigo 29-C, cujo teor oportuniza aos segurados a escolha da não incidência do fator previdenciário, desde que a soma do tempo de contribuição com sua idade e suas frações seja igual ou superior a 95 pontos para os homens e 85 pontos para as mulheres.

Para os professores que comprovadamente atuarem de modo exclusivo no ensino infantil, fundamental e médio, serão adicionados 5 pontos aos seus resultados de idade mais tempo de contribuição, consoante o §2º do referido artigo.[37]

Acrescentar-se-á um ponto no resultado da soma no dia 1º de janeiro dos anos de 2017, 2019, 2020, 2021 e 2022, assim no último ano de acréscimo será preciso que os homens completem 100 pontos e as mulheres 90 para não terem seu cálculo influenciado pelo fator previdenciário, se desejarem.

O fator previdenciário é uma fórmula matemática que utiliza os índices de idade (Id), expectativa de vida (retirado de uma tabela feita pelo IBGE) (Es), tempo de contribuição (Tc) e alíquota de contribuição (a):

$$f = \frac{T_c \cdot a}{E_s} \cdot \left[1 + \frac{(I_d + T_c \cdot a)}{100}\right]$$

Esses índices são calculados de tal forma que se a idade for mais avançada e a expectativa de vida for menor, o fator previdenciário se aproximará ou passará de 1, indicando uma maior prestação do salário-benefício, já quando a idade é pouca e a expectativa de vida é maior, a resultado poderá ficar negativo, assim a prestação será menor. Esse mecanismo objetiva desestimular a aposentadoria precoce.

3.4 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial passou por diversas alterações normativas ao longo do tempo e atualmente é regida pelos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/91. O primeiro artigo define que terá direito a essa modalidade

37 Serão acrescidos no tempo de contribuição: cinco anos para mulheres, cinco anos para professores que comprovarem o efetivo exercício do magistério no ensino básico, fundamental ou médio e dez anos para as professoras que comprovarem efetivo exercício do magistério no ensino básico, fundamental ou médio.

de aposentadoria o segurado que, cumprida a carência de 180 contribuições, tenha exercido atividade prejudicial à saúde ou à integridade física durante 15, 20 ou 25 anos.

A renda mensal é 100% do salário-benefício e a data de início do benefício é fixada de igual modo à aposentadoria por idade. É necessária a comprovação de tempo de trabalho permanente nas condições especiais descritas no *caput* do artigo 57, bem como a exposição não ocasional nem intermitente a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos prejudiciais pelo mesmo período exigido para a concessão do benefício.

O § 5º do artigo 57 permite a conversão do tempo de serviço prestado em condições especiais em comum para a concessão de qualquer outro benefício, artifício muito recorrente nas aposentadorias.

O artigo 58 da mesma Lei restringe-se a dispor sobre a comprovação da exposição aos agentes nocivos, a qual será feita por meio de formulário estabelecido pelo INSS e elaborado pela empresa ou preposto. Sua base é o laudo técnico de condições do ambiente do trabalho emitido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança no trabalho, segundo as leis trabalhistas, cujo teor deve esclarecer a existência de equipamentos de proteção coletivos ou individuais.

A empresa deve manter o laudo técnico atualizado e o formulário em consonância com o laudo, sob pena de multa, conforme estipula o artigo 133 da Lei n. 8.213/91. Além desses documentos, a empresa deve manter o perfil profissiográfico do funcionário, no qual devem constar as atividades exercidas pelo empregado. É necessária a entrega de uma cópia autenticada ao trabalhador quando da rescisão contratual.

Não obstante as mencionadas normas, há de serem consideradas as regras protegidas pelo princípio do *tempus regit actum*, isso é, pelas várias alterações sofridas na legislação, é necessário analisar cada caso em três períodos:

> a) até 28 de abril de 1995, para a configuração da aposentadoria especial era apenas necessário o enquadramento da atividade ou do agente nocivo no Anexo III do Decreto n. 53.831 de 25 de março de 1964, ou nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080 de 24 de janeiro de 1979, exceto para ruído, calor e frio, cuja avaliação sempre dependeu de aparelhos próprios e de laudo pericial;[38]
>
> b) a partir de 29 de abril de 1995 entrou em vigor a Lei n. 9.032/95, que exigia além da previsão nos Anexos, a apresentação de laudo técnico para comprovar a exposição aos agentes nocivos de modo não ocasional nem intermitente;
>
> c) a partir de 05 de março de 1997, com o Decreto n. 2.172/97, regulamentando a MP n. 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97, os formulários do INSS passaram a ser exigidos em conjunto aos laudos técnicos;
>
> d) a partir de 11 de dezembro de 1998, com a publicação da Lei n. 9.732/98, os formulários tiveram que respeitar as normas trabalhistas, resultando no DSS 8030 e, após, DIRBEN 8030.

É importante citar a Súmula n. 49 da TNU, a qual dispõe: "Para reconhecimento de condição especial de trabalho antes de 29.04.1995, a exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física não precisa ocorrer de forma permanente".

Dessas considerações, conclui-se que a vida laboral do segurado que exerceu atividade exposto aos agentes nocivos à sua saúde e integridade física deve ser analisada conforme as leis vigentes em cada período, com seus requisitos próprios para o reconhecimento da atividade especial.

38 A jurisprudência é pacífica no sentido de que os Anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 são meramente exemplificativos, nesse sentido, o Agravo Regimental AgRg no Ag 803.513/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ18/206.

4 DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação é um instituto que permite ao aposentado que continua no mercado de trabalho recalcular o benefício, obtendo vantagem com a adição do tempo de contribuição. Todavia, com a ausência de previsão legal a respeito, o tema é polêmico no âmbito do Direito brasileiro.

4.1 Conceito e espécies

Ao atingir os requisitos para a aposentadoria e requerê-la, é muito comum que o aposentado ainda continue trabalhando, seja na mesma função ou em diversa - opção não banida -, para isso deve contribuir. Em contrapartida, não recebe nenhum bônus pela contribuição recolhida, nem mesmo a revisão de seu benefício, embora tenha agregado tempo de contribuição, conforme será demonstrado ao longo deste capítulo.

Com a ausência de lei, os aposentados nessa condição despertaram o interesse dos juristas e começaram a buscar o judiciário para dirimir o assunto. Assim surgiu a desaposentação, nomenclatura convencionada pela doutrina e jurisprudência para referir-se ao ato de renúncia de uma aposentadoria, a fim de aproveitar o tempo de serviço prestado em diverso ou igual regime (RGPS ou RPPS) e ter o benefício reajustado. Wladimir Novaes Martinez[39] menciona alguns autores que comungam desse conceito, são eles: Isabella Borges de Araújo, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, Fábio Zambitte Ibrahim, Hamilton Antronio Coelho, André Luiz Cazu e Hugo Goes.[40]

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça entendem a desaposentação da mesma forma, influenciando os demais tribunais do país, assim como os juizados e as turmas recursais. O Supremo Tribunal Federal declarou a repercussão geral do assunto e está com o julgamento do RE 661256 RG / DF suspenso até a presente data.

Dentre as várias classificações das espécies de desaposentação presentes na doutrina, para este trabalho será explorada a apresentada por Zambitte. Para ele existem dois tipos: para a averbação do tempo de contribuição em outro regime, ou no mesmo regime, ambos os tipos com o objetivo de obter benefício mais vantajoso.[41]

Tendo em vista que a finalidade desta monografia é analisar os aspectos atinentes à desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, as considerações adiante figurarão na primeira espécie, isso é, nos casos em que o aposentado pelo RGPS renuncia a aposentadoria para somar tempo de contribuição e assim aposentar-se com o benefício recalculado, mais vantajoso, também no RGPS.

4.2 Possibilidade jurídica da desaposentação

De início, é importante frisar que a aposentadoria por invalidez é cancelada caso o segurado recupere sua capacidade para o trabalho, não configurando a desaposentação. O artigo 46 da Lei n. 8.213/91 é claro:

> Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data de retorno.

39 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 46-8.
40 GOES, Hugo Medeiros. *Op cit*, p.335.
41 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op cit, p. 37.

Para as outras espécies de aposentadoria a discussão é larga. O primeiro obstáculo defendido por aqueles que acreditam na impossibilidade jurídica da desaposentação reside no artigo 181- B, do Decreto n. 3.048/99:

> Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.
>
> Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:
>
> I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou
>
> II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

Marisa Ferreira dos Santos adverte que tais disposições não significam a proibição da desaposentação, porquanto só pode ser assim considerada com a existência de lei, e não imposta por mero decreto.[42]

As Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91, as quais tratam da regulamentação da previdência social, não proíbem a renúncia da aposentadoria, não poderia, portanto, um decreto dispor de forma diversa, ou ainda inovar a ordem jurídica infraconstitucional, eis que é papel da lei estabelecer obrigações, o decreto apenas dita o modo de cumprimento das mesmas.[43] Outrossim, o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garante aos cidadãos que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Conquanto o direito de receber benefícios previdenciários seja revestido das proteções decorrentes da inclusão da previdência nos direitos sociais - inalienabilidade, inviolabilidade, irrenunciabilidade, entre outros -, tais garantias foram instituídas para proteger o cidadão do Estado, tendo em vista o regime ditatorial antes vigente no país.

Ao sustentar sobre o sujeito passivo em relação aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca:

> Quanto ao sujeito passivo, pode-se dizer que o Estado ocupa essa posição em todos os casos. De fato é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade.[44]

Nesse ponto, conclui-se que o Poder Público não pode excluir o benefício a bel prazer, se preenchidos os requisitos legais. Todavia, o beneficiário tem o direito de manifestar interesse na renúncia dos proventos, não desvinculada de qualquer outro interesse senão o de aprimorá-los, afinal "o abandono do mínimo necessário à vida digna deve ser sempre algo fundamentado".[45]

Defende-se, portanto, não a simples renúncia à aposentadoria, mas a fundada em vantagem para o segurado. Corroborando o entendimento, o artigo 7º da Carta Magna dispõe que além dos direitos nele elencados e da aposentadoria, outros podem existir, caso visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.[46]

42 SANTOS, Marisa Ferreira. *Op cit*, p. 380.

43 MANZIONE, Luiz. **Sinopses integradas**. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 135.

44 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

45 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op cit*, p. 38.

46 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
XXIV – aposentadoria;

A aposentadoria em si – ao contrário do direito de aposentar-se - é um direito pessoal do trabalhador e tem natureza patrimonial, portanto passível de renúncia. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, definem patrimônio como a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc.) ou incorpóreos (direitos autorais), e que vincula-se à personalidade do sujeito:

> [...] é imperioso afirmar que o patrimônio representa economicamente a pessoa, vinculando-o, por conseguinte, à personalidade do seu titular, como forma de consubstanciar o respeito à dignidade humana, à honra, à vida, à saúde etc.[47]

O patrimônio também é garantia dos credores, os quais podem optar pela via judicial em caso de inadimplemento do devedor, buscando a constrição de bens para satisfação da dívida. Os proventos da aposentadoria são definidos como absolutamente impenhoráveis pelo Código de Processo Civil (tanto no de 1975 - artigo 649, inciso IV - quanto no atual, de 2015 - artigo 833, inciso IV), porém hoje a jurisprudência e a doutrina admitem sua constrição.

A Lei n. 10.820/03, que trata sobre a autorização de desconto de prestações em folha de pagamento, estabelece no § 6º do artigo 5º[48] a possibilidade de retenção de valores suficientes dos benefícios de aposentadoria e pensão do RGPS para o pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil, se assim autorizado pelo beneficiário.

Os ministros do STJ entendem que a impenhorabilidade definida pelo Código Processual Civil é relativa e deve ser avaliada conforme o caso concreto. Para ser concedida, a penhora deve respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e duração razoável do processo, além de não poder prejudicar a subsistência do segurado. A seguir um precedente do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DÍVIDA APURADA EM INVENTÁRIO. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE.
>
> 1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.
>
> 2.- A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.
>
> 3.- Recurso Especial improvido. (REsp 1285970/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014)

47 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.423. v. 1.

48 Art. 5º O empregador será o responsável pelas informações prestadas, pelo desconto dos valores devidos e pelo seu repasse às instituições consignatárias, que deverá ser realizado até o quinto dia útil após a data de pagamento ao mutuário de sua remuneração disponível. [...]
Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA POSSIBILIDADE MEDIDA QUE ATENDE AOS RECLAMOS DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E AO PRINCÍPIO DE QUE A EXECUÇÃO SE DÁ NO INTERESSE DO CREDOR ART. 649, IV, DO CPC QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR RECURSO PROVIDO. Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. (STJ, REsp 1059781/DF). É possível a penhora de percentual de 20% dos proventos de aposentadoria do devedor, posto permitir a legislação o comprometimento e o desconto em folha de pagamento de até 30% dos vencimentos, legislação aqui aplicada por analogia, o que está compatível com a jurisprudência pátria dominante, principalmente numa situação em que o devedor chegou até a promover o levantamento de numerário outro que seria objeto de penhora, antes de sua efetivação, numa inequívoca demonstração de protelação em relação ao pagamento da dívida. (TJMS Agravo nº. 2010.008982-5. 5ª TurmaCível. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva. Unânime. Julgado em 13.05.2010)

O Enunciado n. 70 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho defende a impenhorabilidade relativa da aposentadoria:

> Execução. Penhora de rendimento do devedor. Créditos trabalhistas de natureza alimentar e pensões por morte ou invalidez decorrentes de acidente de trabalho. Ponderação de princípios constitucionais. Possibilidade.
>
> Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente de trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize seu sustento.

Verifica-se, portanto, que a aposentadoria tem caráter patrimonial. Assim, pode o beneficiário – além do fim legal instituído de sustentar-se com dignidade – dispor dela como bem entender, adquirindo bens ou mesmo doando os proventos, respeitada a regra do artigo 548[49] do Código Civil, o qual visa proteger o patrimônio mínimo do sujeito. A renúncia também é possível, se visar melhoria da condição social do trabalhador, conforme já abordado.

A teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, de Luiz Edson Fachin, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é relevante para o estudo da desaposentação, tendo em vista a percepção do esforço da Carta Magna em recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio:

> Assim, as regras jurídicas criadas pera as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a *dignidade da pessoa humana.* Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.[50] *(sic)*

A dignidade da pessoa humana é uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana.[51] Segundo Rizzatto Nunes, existem dois

49 Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

50 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p.426.

51 NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

aspectos análogos mas distintos na dignidade humana, um inerente à pessoa, pelo simples fato de ser; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm de viver uma vida digna.[52]

Para respeitar a dignidade humana, é preciso:

> [...] assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Somem-se a isso os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra etc.[53]

A liberdade (fundamental para a expressão da vontade de renunciar aos proventos e garantir a desaposentação) é hoje nominada "liberdade calculada", face às análises dos eventuais riscos que podem ser gerados por determinada escolha, e substitui o livre-arbítrio, na tentativa de uniformizar a vontade dos indivíduos para preservar a segurança. No entanto essa tentativa de objetivação da pessoa é um retrocesso, pois torna o mundo pouco humano, já que a perfeição não existe.[54] Laura Souza Lima e Brito assevera ainda: "As pessoas não podem esperar apenas a próxima política pública da qual serão objetos. Elas devem ter condições de interagir e de contribuir – elas devem ser sujeitos.".[55]

A renúncia aos proventos com o objetivo de melhorar a condição social do aposentado é, portanto, exercício da liberdade definida na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental e direito inviolável, nos artigos 3º e 5º, respectivamente:

> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária. [...]
>
> 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: [...]

Esse direito de renúncia para obter vantagem também representa aos idosos uma possibilidade de envelhecimento com maior segurança financeira, já que o salário família e a reabilitação profissional (prestações devidas aos aposentados que continuam a trabalhar no RGPS) citados no § 2º do artigo 18[56], da Lei n. 8.213/91, são incompatíveis com o verdadeiro cenário das aposentadorias.

O salário família é concedido àqueles que possuem dependentes menores de idade e a reabilitação profissional pretende inserir ou reinserir o trabalhador no mercado. É irrefutável que os aposentados em sua grande maioria são pessoas idosas, as quais já possuem filhos com idade mais avançada. Por sua vez, a reabilitação mostra-se ineficiente em razão das exigências do mercado de trabalho atual, principalmente pelo fator idade.

É importante lembrar o dever de o aposentado que permanece trabalhando no RGPS contribuir para a Previdência Social, segundo a Lei n. 8.213/91.[57] Ora, se o legislador pretendeu dar deveres iguais para

52 NUNES, Rizzatto. Idem.

53 NUNES, Rizzatto. *Op. cit.*

54 BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos**: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013.

55 BRITO, Laura Souza Lima e. *Op. cit.*

56 [55] Art. 18. Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: [...]
§2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. [...]

57 Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...]
§ 3º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio de seguridade social. [...]

esses e para os trabalhadores que ainda não aposentaram, a fim de garantir o princípio constitucional da isonomia, é conflitante a designação de direitos ineficazes para a o trabalhador aposentado, que da mesma forma contribui.

A garantia de direitos eficazes para os trabalhadores aposentados (especialmente a desaposentação) não viola direitos dos demais segurados. O segurado que opta pela aposentadoria quando atinge os requisitos necessários e mesmo assim continua a trabalhar, já contribuiu para a previdência social por todo o tempo em que buscava o cumprimento das condições legais, tanto que a mesma lei que as define, autoriza sua aposentadoria bem como a permanência no trabalho, estando, assim, em pleno exercício regular do direito.

Em relação aos proventos, também não apresenta óbice, em razão do princípio da solidariedade, o qual justifica o modelo atual – de repartição simples, conforme visto nos capítulos segundo e terceiro.

A desaposentação nem mesmo sobrepõe os direitos individuais sobre os transindividuais, em primeiro lugar porque a Constituição Federal de 1988 elenca como um dos fundamentos legais do Estado Democrático de Direito brasileiro os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[58], em segundo lugar, o trabalho é resguardado como direito fundamental, que concretiza os direitos humanos, tendo em vista que através dele os cidadãos podem atingir uma boa qualidade de vida.

Por diversas vezes a Constituição Federal determina a valorização do trabalho, consoante pode ser visualizado nos artigos 1º, 5º, 7º, 170, entre outros. Estaria, então, a previsão de benefícios ineficazes para os aposentados que optam por continuar no mercado de trabalho, respeitando esses preceitos? A resposta é negativa. O trabalho deve ter seus valores preservados em qualquer circunstância, eis que diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a desaposentação é também um mecanismo de inclusão desses aposentados suis generis.

Até agora a desaposentação pode ser concluída como mecanismo pelo qual o aposentado que desenvolve atividade laborativa atinge a liberdade (caracterizada pela renúncia) e a segurança (melhor qualidade de vida na velhice). A união desses dois fins gera um outro direito fundamental, a felicidade, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, citando Feijó Coimbra: "Para Feijó Coimbra, a segurança é um dos termos do binômio que, com a liberdade, forma o sustentáculo da felicidade humana.".[59]

É evidente, portanto, que a desaposentação é fundamental para materialização da dignidade humana dos aposentados que continuam a laborar (e contribuir para a previdência), os quais não tem hoje nenhum direito eficaz previsto em lei.

Em contrapartida, há discussão acerca do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, Cláusula Pétrea prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que justificaria o desfazimento pelo Poder Público apenas em caso de erro ou fraude na concessão da aposentadoria[60], afinal a aposentadoria é concedida por meio de ato administrativo. Como ocorre com as garantias dos direitos sociais, a proteção disposta no citado artigo visa proteger o cidadão do Estado, a fim de que não sejam violados os seus direitos básicos.

Fábio Zambitte Ibrahim alerta:

> [...] as garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada visam assegurar a própria razão de ser do direito, que é a pacificação social, por meio da

58 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; [...]

59 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op. cit.*, p. 1.

60 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 546.

> permanente intencionalidade do valor Justiça, e, justamente em razão deste componente valorativo, não devem tais prerrogativas transmudar-se em impedimentos insuperáveis à consecução de determinado propósito, em detrimento da coletividade.[61]

O ato administrativo pode ser extinto por desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica ou pela retirada do ato, a qual ocorre pelas hipóteses de revogação (conveniência e oportunidade da Administração), invalidação (em caso de ilegalidade), cassação (descumprimento de condições), caducidade (advento de norma jurídica que altera a admissibilidade da situação), contraposição (emissão de ato por outra autoridade administrativa) e renúncia ("extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato").[62]

Verifica-se que a desaposentação não se enquadra em nenhuma das hipóteses supracitadas, mesmo na renúncia, tendo em vista não se tratar de extinção dos efeitos, mas de pretender a melhoria do valor do benefício a ser recebido, portanto alteração do ato administrativo.[63]

A alteração pode ocorrer por meio de novo ato que faz cessar os efeitos do anterior e se justifica pela constante necessidade de o Poder Público buscar a adequação à realidade social, até porque é objetivo maior do Estado - bem como princípio constitucional administrativo - o interesse público. Ademais, os processos administrativos previdenciários são ampliativos de direitos, devendo, portanto, serem levados a cabo para melhor garantia dos segurados.[64]

Hoje o argumento mais forte contra a desaposentação é exatamente esse, o ato jurídico perfeito, entretanto até mesmo pela via judicial o deferimento da desaposentação não configura exclusão de um direito ou de um ato da Administração Pública e sim adequação a um novo contexto social, que preza acima de tudo a dignidade da pessoa humana como propulsora do bem estar social.

Cumpre frisar que os ministros do Supremo Tribunal Federal já decidiram que a ação de desaposentação tem caráter personalíssimo, impossível de ser requerida pelos herdeiros do segurado, e para a existência de interesse de agir é necessário recorrer ao juízo, *in verbis*:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal

61 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 51.

62 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 455-6

63 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 92.

64 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Idem, p. 92-3.

> Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-220 Divulg 07-11-2014 Public 10-11-2014).

4.2.3 Lacuna legislativa

A ausência de previsão legal da desaposentação não representa óbice à sua possibilidade jurídica. A lacuna normativa é recorrente no Direito, tendo em vista que o Poder Público não prevê todos os fatos jurídicos e relações possíveis na sociedade – e nem conseguiria –, mais ainda, as alterações feitas de modo gradual não acompanham a velocidade das mudanças sociais.

Por vezes o Estado prefere negar direitos a adequar-se às novas demandas sociais[65], o que no âmbito do direito constitucional é insustentável, porque os direitos constituídos como fundamentais não podem ser ignorados. Conforme explorado nos itens anteriores, a desaposentação carrega fortes valores, apresentando-se como mecanismo de alcance da dignidade humana.

O ordenamento jurídico traz meios de interpretação e integração da norma em caso de lacunas, consoante o artigo 4º da Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o qual determina o uso da analogia, costumes e princípios gerais do Direito. Isso porque é vedado ao magistrado afastar-se de seu dever de julgar em razão da falta de norma.

65 IBRAHIM, Fábio Zamitte. Op. cit., p. 70.

Na omissão da lei quanto à desaposentação, conflitam os princípios da legalidade na Administração, juridicidade e a legalidade destinada ao povo (estampada no artigo 5º, II, da CF).

Por um lado, tem-se o direito de o segurado requer a desaposentação, e de outro há o dever da Administração praticar somente atos que sejam expressamente permitidos em lei, todavia não se pode aceitar um paradigma normativo de estrito positivismo jurídico, devem ser levados em conta os valores e princípios.[66] Sérgio Nascimento assevera:

> Ademais, o INSS é uma autarquia federal com o objetivo de concretizar um direito fundamental expressamente previsto no artigo 6º da Constituição da República, qual seja o direito à previdência social, não justificando, assim, interpretações que restrinjam esse direito fundamental.[67]

Com o referido panorama, vem ganhando destaque o princípio da juridicidade, o qual exige uma atuação da Administração Pública conforme a unidade do Direito, incluindo normas constitucionais, princípios ou regras.[68] Portanto, embora a desaposentação ainda não seja prevista em lei de modo expresso, há diversos argumentos, inclusive constitucionais – apresentados no item 4.2 – que permitem concluir por sua construção presumida[69], desde que não viole preceitos legais e constitucionais e ainda, que a sua vedação deveria ser expressa, e não a concessão.[70] Fábio Zambitte Ibrahim sustenta:

> Ademais, não se pode alegar ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para sua vida, de ativo ou inativo, aposentado ou não aposentado. O princípio da dignidade da pessoa humana repulsa tamanha falta de bom senso, sendo por si só fundamento para a reversibilidade plena do benefício.[71]

Com essa reflexão, é importante enfatizar que não é necessária a previsão expressa da desaposentação, eis que conforme asseguram os princípios e direitos básicos elencados na Constituição Federal ela é legítima. Ademais, a interpretação constitucional contemporânea é suficiente para a sua presunção, pois tem como objetivo aproximar-se da realidade social, possibilitando a construção de uma norma jurídica, nas palavras de Flávia Piovesan:

> [...] Assim, o ditame hoje consagrado de que "interpretação constitucional é concretização ('Konkretizierung'). Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, é o que deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a ser ordenada. Assim, interpretação tem caráter criador: o conteúdo da norma só se torna completo com sua interpretação; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma". Nas palavras de seu seguidor, Gomes Canotilho, a ideia de concretização, primeiramente esboçada por Konrad Hesse, pode ser assim explicada: "processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma completa – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa 'concretização normativa' é, pois, um trabalho técnico jurídico: é, no fundo, o lado 'técnico' do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção da norma jurídica".[72]

66 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Op. Cit*., p. 105-6.
67 NASCIMENTO, Sérgio. Op. Cit*.,* p. 156.
68 NASCIMENTO, Sérgio. Idem, p. 106.
69 NASCIMENTO, Sérgio. Idem, p.105-6.
70 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 69.
71 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Idem, p. 70-1.
72 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 535-6.

Cumpre frisar que o próprio artigo 7º da Carta Magna prevê a possibilidade de criação de qualquer outro direito que vise a melhoria da condição social do trabalhador, de modo que interpretação jurisprudencial e doutrinária a favor da desaposentação (a qual visa a construção normativa de acordo com a realidade social) tem embasamento constitucional.

4.2.4 Legislação aplicável

A legislação aplicável à nova aposentadoria, concedida por meio da desaposentação, deve respeitar o princípio do *tempus regit actum*, portanto será a vigente na data da concessão, independente de o segurado considerá-la melhor ou não. Isso porque a lei revogada não cria direito adquirido, logo não poderia o segurado adicionar tempo contributivo ao período adquirido na vigência da lei anterior.[73]

Sob outra perspectiva, seria possível o segurado requerer a desaposentação apenas para aposentar-se segundo uma lei nova mais benéfica - sem o requisito do novo tempo contributivo a fim de garantir vantagem (próprio da desaposentação) -, o que não pode ser permitido, pois traz danos ao sistema. Segundo Fábio Zambitte Ibrahim:

> [...] o segurado deve jubilar-se de acordo com a legislação vigente no momento do requerimento do seu benefício, não podendo desfazê-lo a seu bel-prazer sempre que nova lei mais favorável for criada, porque haveria evidente descompasso atuarial e financeiro, além de obstáculo insuperável para a melhoria das regras previdenciárias, pois todo o passado deveria ser revisto.[74]

O referido autor ainda sugere um tempo mínimo de contribuição de um ano para que seja aceita a desaposentação, a ser definido pela eventual previsão em lei ou mesmo pela jurisprudência, a fim de evitar o manejo indevido do instituto em análise.[75]

4.2.5 Restituição dos valores percebidos na primeira aposentadoria

A restituição dos proventos recebidos na primeira aposentadoria é outra questão ainda muito polêmica. Alguns juristas acreditam na necessidade de devolução integral dos valores, justificando o entendimento na dupla onerosidade da autarquia, sendo o efeito *ex tunc* o mais apropriado, já que confere o *status quo ante* entre as partes.[76]

A Turma Recursal do TRF da 4ª Região editou súmula nesse sentido: "**Súmula nº 3:** O tempo de serviço prestado após a aposentação somente poderá ser contado para concessão de nova aposentadoria se houver renúncia ao benefício ou desaposentação, com restituição de todos valores já recebidos.".

A jurisprudência hoje é majoritária no sentido da desnecessidade da restituição dos proventos obtidos na primeira aposentadoria[77], porquanto o objetivo principal da desaposentação é obter benefício mais vantajoso sem invalidar o passado. Nesse sentido, o efeito *ex nunc* é o mais adequado. Fábio Zambitte Ibrahim alerta que a devolução seria "uma obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária".

73 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 41-2.

74 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit*., p. 42.

75 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Idem, p. 42-3.

76 TRF-2 - REEX: 201150010048734, Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, Data de Julgamento: 26/06/2013, Segunda Turma Especializada, Data de Publicação: 30/07/2013.

77 STJ - AgRg no REsp: 1335558 RS 2012/0148560-8, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 15/05/2014, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 22/05/2014.

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região defende que a restituição de todo o valor embolsado seria inviável:

> O montante da dívida seria disparate e, aliado à provável expectativa de vida do beneficiário, tornaria ineficaz o deferimento da desaposentação, pois a compensação dos valores comprometeria benefício que tem por escopo prover as necessidades básicas do indivíduo.[78]

A desaposentação não é fruto das aposentadorias precoces, decorre, sobretudo, da falta de confiança no sistema previdenciário – sucessivas reformas, retirada e diminuição de direitos etc.[79] Além disso, configura mero recálculo do valor da prestação em razão de novas cotizações do segurado, portanto desnecessária a cobrança de valores fruídos no passado.[80]

4.2.6 Manutenção do equilíbrio atuarial

O equilíbrio atuarial é disposto no artigo 201, *caput*, da CF, como critério a ser observado na organização do sistema previdenciário, de modo que seja sustentável. Nessa seara, o princípio da solidariedade, conforme já abordado, exerce papel fundamental, pois afirma a necessidade do custeio por toda a sociedade, não apenas por seus beneficiários imediatos.[81]

A solidariedade pressupõe bilateralidade, pois do mesmo modo que o segurado é obrigado a contribuir para custear os benefícios oferecidos pela Previdência Social, também lhe é assegurado o direito de ter seu benefício custeado pelos demais segurados quando não mais puder trabalhar.

A exigência de fonte de custeio total, estabelecida no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, não interfere na desaposentação, porquanto não gera gasto extra ao erário. Como já mencionado, o segurado abre mão de receber uma aposentadoria, a fim de receber outra mais vantajosa, pela qual contribuiu todo o tempo, por meio da contribuição obrigatória definida no artigo 11, § 3º da Lei n. 8.213/91.

Assim, essa nova cotização gera excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado.[82]

4.2.7 Veto

Recentemente (05.11.2015) a Presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 13.183 de 2015 (Medida provisória 676) cujo teor alterou alguns dispositivos das Leis n. 8.212/91 e 8.213/91, entre eles, as regras da aposentadoria por tempo de contribuição no que concerne ao fator previdenciário (conforme aludido no Capítulo 3, item 3.3). Todavia, o artigo 6º da Lei n. 13.183/15, que pretendia garantir ao segurado o recálculo da aposentadoria após sessenta novas contribuições, foi vetado. Nas razões do veto, a presidenta alegou:

78 TRJEF – TRF-3 – Recurso inominado, processo n. 0002018-39.2013.4.03.6201. Relator: Juiz Federal Ronaldo José da Silva. Data de julgamento: 09/09/2015, Turma Recursal, data da publicação: 16/09/2015.

79 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Op. Cit.*, p. 96.

80 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 64.

81 STF. RE 661256 RG / DF. Voto do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141010-01.pdf. Acessado em 14.12.2015.

82 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 59.

> As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada 'desaposentação', que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.[83]

Também é alegada a existência de um rombo na Previdência Social, que cada dia é atualizado pelo governo, fala-se em dezenas de bilhões de reais. Não obstante, esse rombo não emergiu agora, logo após a promulgação da Constituição Cidadã é possível vislumbrar um descompasso no sistema. Segue trecho do livro Constituição: legalidade versus realidade, de Paulo Martinez, publicado em 1991:

> O que provoca sangrias no erário da Previdência e eleva o custo social do sistema são as fraudes que a rodeiam, a má aplicação dos recursos e a impunidade dos empresários que não cumprem seus deveres para com a instituição. [...] Por todos os meios possíveis, a sociedade tem de pagar o enriquecimento ilícito dos desonestos, acobertados na incapacidade ou na cumplicidade dos que exercem o poder público.[84]

Ao longo do tempo muitas alterações foram feitas no âmbito da previdência, entretanto ainda há muito que ser aprimorado. A Carta Maior garante aos cidadãos direitos superiores a qualquer dificuldade econômica sofrida pelo Poder Público, entende-se aqui que se o governo decidiu resguardar prerrogativas no dispositivo que rege todo o sistema do Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

O veto ao dispositivo que permitiria a desaposentação é um retrocesso e expõe o verdadeiro cenário do Brasil como um país em desenvolvimento, caracterizado por instabilidade política e econômica e que, em razão disso, coloca a população em risco e mitiga seu direito básico - o de viver com qualidade, respeitando as diretrizes dos direitos da pessoa humana -, além de violar o maior instrumento legal brasileiro, a Constituição Federal.

Diversos países adotam a prática do recálculo do benefício em comento, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha.[85] Interessante mencionar um julgado do Tribunal Constitucional português, no qual os ministros negaram a incidência de contribuição nos benefícios que pretendia a manutenção da seguridade social, mesmo em meio à crise econômica, alegando que o princípio da segurança jurídica não poderia sucumbir ao apelo econômico de redução de despesas a curto prazo:

> [...] Por outro, e essencialmente, a pensão é, em si e por si, objeto de especial proteção constitucional. Considero, por isso, que a CS afeta negativamente, de forma duradoura, um direito social, com consagração constitucional expressa no artigo 63.º (direito à segurança social) e 72.º (direito à segurança económica das pessoas idosas), que é, enquanto tal, um direito fundamental (e não um mero direito derivado a prestações; sendo, antes, um direito que permite acesso a bens na qualidade de direitos fundamentais, como bem salienta Reis Novais, «O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira», *www.e-publica.pt*, p. 3). Direito que é resistente à lei, salvo em condições extremas, devidamente fundamentadas. A posição jurídica protegida pelo direito à pensão é especialmente tutelada quando, como no caso, estamos perante um direito já consolidado na esfera jurídica do titular (são pensões já em pagamento), e não perante um direito ainda não constituído. Enquanto direito fundamental, as expetativas de que não sofrerá alteração – reduzindo-se a pensão, por

83 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm>. Acessado em 11.12.2015.

84 MARTINEZ, Paulo. **Constituição**: legalidade *versus* realidade. São Paulo: Moderna, 1991. p. 37-8.

85 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 88-9.

> exemplo – são ancoradas numa proteção que resulta da sua previsão na Constituição (mesmo que o seu *quantum* seja fixado na lei), ou seja, a sua vinculatividade jurídica tem força de direito fundamental.

Assim sendo, para que uma intervenção restritiva do direito à pensão possa ter lugar – também, quando afeta o seu *quantum*, designadamente em virtude da reserva do financeiramente possível - o legislador terá de respeitar os princípios constitucionais estruturantes, mas terá ainda de apresentar uma justificação suficientemente robusta, opção que será sindicável pelo Tribunal Constitucional.[86] *(sic)* [...]

Sabe-se que não obstante o veto da norma, pela via judicial a desaposentação está sendo concedida, embora o julgamento da Repercussão Geral no STF esteja suspenso (RE 661256 RG / DF), com um voto a favor e outros dois contra. É ainda incerta a resolução da demanda, mas a expectativa para que os ministros do STF decidam à favor da desaposentação é grande, tendo em vista o papel de guardiões da Constituição por eles exercido.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordada a desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, um instituto ainda novo e ambíguo para o Direito, que se caracteriza pela renúncia do benefício de aposentadoria (no RGPS) para a aquisição de uma nova (também no RGPS), mais vantajosa, mediante acréscimo de tempo de contribuição – podendo resumir-se ao recálculo dos proventos. Apesar dos debates que a cercam, a análise realizada nesta obra permite concluir pela sua possibilidade jurídica.

Conforme aludido, a desaposentação já é prevista na legislação de diversos países, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha. No Brasil, face à ausência de norma específica sobre o tema, muito se discute sobre sua legalidade e possibilidade.

Alguns juristas defendem haver impedimento legal e negam a desaposentação em razão do princípio da legalidade da Administração Pública, da vedação contida no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99, irrenunciabilidade da aposentadoria, sobreposição dos direitos individuais sobre os coletivos, irreversibilidade do ato jurídico perfeito e direito adquirido e desequilíbrio atuarial.

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência majoritárias aceitam a desaposentação, com fundamento na Constituição Federal de 1988. De início, importante salientar que as proteções contidas neste dispositivo legal objetivam proteger o cidadão do Estado, de modo que o princípio da legalidade da Administração Pública, o ato jurídico perfeito e a proteção ao direito adquirido não podem ser interpretados em desfavor do cidadão, sob pena de distanciar-se da realidade e omitir o bem estar social pretendido pelo Poder Constituinte.

O artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99, o qual determina a irrenunciabilidade da aposentadoria é ineficaz, isso porque tal obrigação somente pode ser imposta por lei, conforme dita o artigo 5º, II, da Carta Maior (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei).

Não há que se falar, ainda, em pretensa superioridade dos direitos individuais sobre os coletivos, porquanto o aposentado que continua trabalhando está em pleno exercício regular de direito (resguardado pelo §3º do artigo 11 da Lei n. 8.213/91), sem causar prejuízos a terceiros, eis que a desaposentação não

86 Portugal. Tribunal Constitucional. Processo n. 819/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Acórdão nº 575/2014. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html?impressao=1. Acessado em 11.12.2015.

gera gastos ao erário, mas sim excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício. Além disso, o segurado tem direito a ter seu benefício custeado quando não mais puder trabalhar, da mesma forma que arcava com os benefícios dos demais segurados do sistema, enquanto contribuía, devido à bilateralidade advinda do modelo solidário de repartição simples.

Há diversas outras justificativas constitucionais não enfrentadas pela doutrina minoritária (contra a desaposentação), as quais, contudo, são imprescindíveis para sua análise, dentre elas podem ser destacados os direitos ineficazes previstos para os aposentados ativos no mercado de trabalho, na Lei n. 8.213/91. O salário família e o direito a reabilitação profissional não são compatíveis com o cenário dos aposentados, já em idade avançada; mais ainda, essas garantias vãs desrespeitam dispositivos constitucionais de valorização do trabalho e, com isso, a própria dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a desaposentação é um exercício de liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito, a qual visa a segurança financeira do aposentado, portanto mecanismo de concretização de seus direitos fundamentais. Negá-la, por conseguinte, é violar todo o sistema idealizado pela Constituição Federal de 1988.

A restituição dos valores recebidos na primeira aposentadoria é outro ponto polêmico do tema, pois parte dos juristas sustentam na necessidade de conferir às partes o *status quo ante*, com a devolução integral das prestações recebidas a título de aposentadoria; enquanto os demais reconhecem que não é preciso haver a devolução, tendo em vista a aquisição feita de modo lícito e mais, a restituição corromperia a finalidade do instituto, de proporcionar vantagem ao beneficiário sem invalidar o passado.

Devido à omissão legislativa sobre a desaposentação, restou ao Poder Judiciário dirimir a controvérsia. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela Repercussão Geral do assunto, que está com o julgamento suspenso até esta data, entretanto os demais Tribunais estão julgando as lides regularmente e seguindo o entendimento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça – possibilidade de concessão da desaposentação sem necessidade de devolução dos valores da primeira aposentadoria.

Há pouco tempo, a Presidenta Dilma Rousseff teve a oportunidade de sancionar a Lei n. 13.183 de 2015, cujo projeto original incluía um artigo que permitia a desaposentação, entretanto a chefe do executivo preferiu vetá-lo. A Presidenta justificou o ato no desrespeito aos pilares financeiros do sistema previdenciário, *data vênia* a decisão é um retrocesso e expõe o verdadeiro cenário do Brasil como um país em desenvolvimento, caracterizado por instabilidade política e econômica e que, em razão disso, coloca a população em risco e mitiga seu direito básico - o de viver com qualidade, respeitando as diretrizes dos direitos da pessoa humana -, além de violar o maior instrumento legal brasileiro, a Constituição Federal.

Cumpre frisar que nenhuma dificuldade financeira deve ser sobreposta aos direitos fundamentais protegidos pela Magna Carta, pois se o governo decidiu resguardar prerrogativas no dispositivo que rege todo o sistema do Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

_____. Constituição (1934). **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

_____. Constituição (1937). **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

_____. Constituição (1946). **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

_____. Constituição (1988). **Planalto**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Decreto n. 3.048, de 6 mai. 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>.

_____. Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>.

_____. Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991. **Planalto**, Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União de 25.7.1991, republicado em 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>.

_____. Lei n. 8.213 de 24 julho 1991. **Planalto**, Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União de 25.7.1991, republicado 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>.

_____. Lei n. 10.820 de 18 dezembro de 2003. **Planalto**, Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União de 18.12.2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820.htm>.

BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos**: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Declaração de Filadélfia. OIT, 13 abr. 1948.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 dez. 1948.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB.13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOES, Hugo Medeiros. **Manual de direito previdenciário**: teoria e questões. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZIONE, Luiz. **Sinopses integradas**. Campo Grande: Contemplar, 2013.

MARTINEZ, Paulo. **Constituição**: legalidade *versus* realidade. São Paulo: Moderna, 1991.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NASCIMENTO , Sérgio do. **Interpretação do direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: Lei 8213/91, de julho de 1991. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira; LENZA, Pedro (coord.). **Direito previdenciário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Tratado de Versalhes, 28 jun. 1919.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801334-38.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA – NEGATIVA DE POSSE – ATO ILEGAL E ABUSIVO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA – NECESSIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM O TRÂNSITO EM JULGADO – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

O mero ajuizamento de ação penal em desfavor de candidato aprovado em concurso público, sem a existência de sentença condenatória transitada em julgado, não tem aptidão para configurar conduta social desabonadora e impeditiva do seu provimento no cargo público, sob pena de ofensa ao postulado constitucional da presunção de inocência.

Recurso provido. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

André Fry Dobes interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de mandado de segurança n. 0801334-38.2014.8.12.0001, que denegou a segurança postulada pelo recorrente em face do chefe da divisão de administração de cargos e seleção de pessoal desta capital.

O apelante sustenta ser ilegal o ato de negar-lhe o direito à posse no cargo de motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande, em virtude da existência de ação penal em que figura como réu.

Afirma que à época da realização do concurso não tinha qualquer pendência judicial em seu desfavor, uma vez que a ação penal em comento foi ajuizada em novembro de 2012, após a publicação do edital do certame.

Ressalta que a Administração Pública não observou o princípio da razoabilidade em sua decisão, até porque o crime que está sendo imputado ao impetrante não é de natureza grave, sendo ação pública

condicionada à representação do ofendido, nos termos do artigo 140, § 3º, c/c artigo 145, parágrafo único, do CP (injúria racial).

Afirma, ainda, que o juízo de primeiro grau, ao denegar a segurança, não observou o princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por André Fry Dobes em face da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de mandado de segurança n. 0801334-38.2014.8.12.0001, que denegou a segurança postulada pelo recorrente em face do chefe da divisão de administração de cargos e seleção de pessoal desta capital.

O apelante sustenta ser ilegal o ato de negar-lhe o direito à posse no cargo de motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande, em virtude da existência de ação penal em que figura como réu.

Afirma que à época da realização do concurso não tinha qualquer pendência judicial em seu desfavor, uma vez que a ação penal em comento foi ajuizada em novembro de 2012, após a publicação do edital do certame.

Assevera que a Administração Pública não atendeu ao princípio da razoabilidade em sua decisão, uma vez que o crime imputado ao ora apelante não é de natureza grave, sendo ação pública condicionada à representação do ofendido, consoante o artigo 140, § 3º, c/c artigo 145, parágrafo único, do CP (injúria racial).

Aduz que o magistrado singular, ao denegar a segurança, não observou o princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Requer que o recurso seja conhecido e provido, a fim de que a sentença seja reformada concedendo a segurança, garantindo o direito do recorrente em tomar posse no cargo de Motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS, determinando que a autoridade coatora dê posse imediata ao recorrente para prover o cargo a que concorreu.

O Ministério Público de Segunda Instância opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o que cumpria relatar.

Presentes os requisitos de admissibilidade. Passo a decidir.

Perlustrando os autos, vislumbra-se que o apelante prestou concurso público para o cargo de Motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande, sendo aprovado na 21ª colocação. Entrementes, teve negado seu direito à posse por ter deixado de cumprir o requisito constante no item 2.1, 'i', do edital do concurso (f. 15):

> *2.1. São requisitos para provimento dos cargos:*
>
> *(...)*

> *i) não possuir condenação criminal com trânsito em julgado e não estar sendo processado por crime, comprovada por certidões passadas pela Justiça Estadual e Federal, observando o domicílio do candidato, nos 5 (cinco) anos anteriores à data de publicação deste Edital.*

In casu, a impetrada considerou a certidão positiva de antecedentes criminais apresentada pelo impetrante (f. 18), em que constava a existência de ação penal concernente ao crime insculpido no artigo 140, § 3º, c/c artigo 145, parágrafo único, do Código Penal (injúria racial).

Entretanto, é forçoso asseverar que a negativa de posse do impetrante em virtude da existência de ação penal, sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, fere o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal).

Acerca do tema, eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"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."* (AgRg no RMS 25.257/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J. 02/06/2015).

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO. SINDICÂNCIA. VIDA PREGRESSA. CANDIDATO. DESCUMPRIMENTO. REQUISITO. BOA CONDUTA. VERIFICAÇÃO. AÇÃO PENAL. RÉU. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. ELIMINAÇÃO. ÓBICE. POSSE. JURISPRUDÊNCIA. STF. STJ. 1. A simples existência de inquérito policial ou de ação penal instaurados contra o candidato aprovado em concurso público não tem aptidão para configurar conduta social desabonadora e impeditiva do seu provimento no cargo público, sob pena de ofensa ao postulado constitucional da presunção de inocência, à míngua de condenação com trânsito em julgado. 2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no RMS 46.893/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015).

No mesmo sentido, eis o entendimento deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO BOMBEIRO MILITAR - CANDIDATO APROVADO EM TODAS ETAPAS DO CERTAME - MATRÍCULA EM CURSO DE FORMAÇÃO INDEFERIDA - EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA - AÇÃO PENAL EM CURSO - AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO EXISTENTE - SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER. I. Inobstante pertença à Administração Pública a discricionariedade para estabelecer no edital do certame os critérios de seleção e os requisitos necessários para aprovação na fase de investigação social, ao Judiciário compete realizar o controle constitucional de tais critérios e requisitos de modo que sejam respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. II. A existência de certidão criminal positiva, sem que tenha havido a prolação de sentença condenatória, não pode servir, consoante enunciado das cortes superiores, como elemento capaz de afastar o princípio constitucional da presunção de*

inocência, razão pela qual a exclusão do candidato pautada exclusivamente em tal critério configura lesão a direito líquido e certo. III. Segurança concedida, liminar confirmada." (TJMS; Mandado de Segurança n. 1408863-62.2014.8.12.0000; Relator: Des. Dorival Renato Pavan; Órgão julgador: 2ª Seção Cível; Data do julgamento: 13/10/2014; Data de registro: 23/10/2014)

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA - INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO - ATO ILEGAL E ABUSIVO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA - NECESSIDADE DE AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA COM O TRÂNSITO EM JULGADO - SITUAÇÃO INEXISTENTE - SEGURANÇA CONCEDIDA. Não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude da existência de um boletim de ocorrência, inquérito policial ou de uma ação penal sem trânsito em julgado, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da Constituição Federal)." (Mandado de Segurança n. 1411082-48.2014.8.12.0000. Segunda Seção Cível. Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan. J. 18/12/2014).

Com efeito, resta clarividente que o mero ajuizamento de ação penal em desfavor do impetrante, sem a existência de sentença condenatória transitada em julgado, não afasta a idoneidade moral daquele.

Outrossim, é mister ressaltar que na ação penal foi proposta a suspensão condicional do processo. A parti daí, o corolário jurídico é a extinção da punibilidade, consoante o artigo 89, §5º, da Lei n. 9.099/95, não se afigurando razoável e proporcional, portanto, em obediência ao princípio da presunção de inocência, que o ora apelante seja considerado moralmente inidôneo, de tal modo que, se assim fosse, estar-se-ia antecipando os efeitos de uma condenação.

Destarte, resta patente a ilegalidade do ato impugnado, de tal sorte que se impõe a concessão da segurança, a fim de garantir ao impetrante a posse no cargo de Motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação, e dou-lhe provimento, reformando-se a sentença *a quo*, concedendo-se a segurança, garantindo ao impetrante a posse no cargo de motorista da Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0808579-03.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE ITENS DE SEGURANÇA E AVARIAS OCORRIDOS NA MOTOCICLETA – ESTACIONAMENTO DA EMPRESA DURANTE HORÁRIO DE TRABALHO – DIREITO DE SER INDENIZADO PELO PREJUÍZO – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – DANO MATERIAL COMPROVADO – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O estabelecimento que permite, mesmo a título gratuito, o estacionamento de veículo em seu pátio, tem responsabilidade pela guarda e vigilância do bem, e responde por qualquer dano causado.

O fato de o autor ter juntado aos autos apenas 01 (um) orçamento, e não 03 (três), demonstrando a extensão dos danos sofridos, não é razão suficiente para ilidir a responsabilidade indenizatória da apelante, e desacolher o pedido de dano material.

Mostra-se descabida a exigência de comprovação dos danos materiais exclusivamente por meio de notas fiscais ou comprovantes de pagamento do conserto, uma vez que, em muitos casos, a parte sequer dispõe de numerário suficiente para realizar os reparos em seu veículo, não podendo, pela sua condição econômica, ser prejudicada na obtenção da tutela jurisdicional.

Não há dúvida de que o evento causou no autor sensação de desconforto que vai além do mero aborrecimento, devendo tal sofrimento ser imediatamente compensado. A circunstância traduz o dano moral, que independe de prova do prejuízo, porquanto atinge a esfera interior ou subjetiva do indivíduo.

É cediço que pedido de majoração de indenização não pode ser veiculado em sede de contrarrazões, devendo ser manejado em apelo próprio ou em recurso adesivo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Calila Administração e Comércio S/A (Shopping Bosque dos Ipês) interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, na ação de

reparação de danos materiais e morais nº 0808579-03.2014.8.12.0001, que lhe move Richard Lourenço de Almeida, que julgou procedentes os pedidos iniciais condenando a apelante a pagar ao requerente o valor de R$ 2.221,50 a título de danos materiais e R$ 2.000,00 a título de danos morais.

Narram os autos que o apelado ajuizou ação de indenização alegando que trabalha como vendedor comissionado de uma empresa localizada dentro do Shopping Bosque dos Ipês, alega que no dia 16/12/2013, após o encerramento do expediente, ao dirigir-se ao estacionamento notou que haviam sido subtraídos vários acessórios de segurança de sua motocicleta.

Alega que o apelado não comprovou o efetivo dano moral que afirma ter sofrido, limitando-se a apenas alegá-lo. Afirma ainda, que não há que se falar em danos morais experimentados nos casos de furto de motocicleta, principalmente no caso em que supostamente teriam sido furtados somente acessórios.

Com relação aos danos materiais, sustenta que, da análise conjunta da inicial e do Boletim de Ocorrência de fl. 22, nota-se que existe divergência na tese desenvolvida pelo recorrido, pois, na inicial ele alega que teriam sido furtados exclusivamente acessórios de segurança enquanto que quando da lavratura do Boletim de Ocorrência, ele especifica "*que só sai do interior do estabelecimento por volta das 22:30 horário este do encerramento do seu trabalho. Que ao chegar no local onde estacionara a motocicleta, deparou-se com a mesma avariada pela falta de várias peças: maçaneta, retrovisores e todo o sistema de freio a disco(...)*" fl. 109.

Afirma que isso demonstra que o recorrido, em momento posterior à lavratura do B.O., objetivando induzir o juiz ao erro, o recorrido "*optou por não descrever as peças furtadas - originariamente: maçaneta, retrovisores e todo o sistema de freio a disco para assinalar, de forma ampla, o furto de diversos acessórios de segurança."* fl. 107-108. Desta forma da leitura do orçamento de fl. 22, é possível constatar que foram incluídas como peças furtadas objetos que não haviam sido mencionados, como por exemplo, o tanque de combustível, que não fora apontado na inicial e no Boletim de Ocorrência. Reverbera que se tivesse ocorrido o furto do tanque de combustível a moto teria sido guinchada e o valor correspondente a esta despesa teria sido adicionado aos danos materiais.

Defende que a alegação de que referido tanque teria sido somente avariado não condiz com a verdade, pois, caso isso fosse, não teria sido requisitado o valor correspondente a comprar, mas sim, ao conserto, o que não ocorreu.

Por fim sustenta que não é correto que a sentença tenha se baseado apenas em um orçamento, pois, em casos análogos exige-se a comprovação através de vários documentos.

Requereu o provimento do recurso.

Pugna, em contrarrazões pelo majoração do *quantum* arbitrado à título de danos morais (fls. 113-124).

VOTO

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

Calila Administração e Comércio S/A (Shopping Bosque dos Ipês) na ação de indenização que lhe move Richard Lourenço de Almeida apela da sentença que julgou procedente o pedido, condenando-a a indenizar o empregado da empresa que funciona dentro do Shopping dos Ipês, pelo furto de vários itens de segurança e danos causados à motocicleta de sua propriedade ocorrido no estacionamento da empresa.

Aduz que o apelado não conseguiu comprovar os danos morais alegados e nem o furto das peças e os danos causados à motocicleta.

Afirma que o convencimento do magistrado baseou-se em meras alegações do apelado.

Pugna pelo provimento do apelo, julgando totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Por outro lado, o recorrido, em suas contrarrazões, pede a majoração do *quantum* indenizatório e o desprovimento do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, ressalto que a sentença objurgada foi proferida em 19/09/14 e o prazo para interposição do recurso findou-se em 08/10/2014, portanto, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, respeitando-se, portanto, o ato jurídico perfeito, ou seja, cabível o recurso e as regras a ele atinentes quando do proferimento da sentença.

Tanto que Cássio Scarpinella Bueno[1], ao discorrer sobre o art 14 do novo CPC assevera:

> *"Aprimorando a segunda parte do art. 1.211 do CPC atual, o texto do art. 14 agasalha expressamente o princípio do tempus regit actum que deve ser entendido como a incidência imediata das novas leis no processo em curso com a preservação dos atos processuais já praticados. É essa a razão pela qual se extrai do dispositivo também o chamado "princípio do isolamento dos atos processuais", corretamente garantido (art. 5º, XXXVI[2], da CF), ao assegurar o respeito aos atos processuais praticados e às situações jurídicas consolidadas sob o pálio da lei anterior."*[3]

Passo então, a análise do recurso.

A apelante funda seu inconformismo na alegação de que existe divergência na tese desenvolvida pelo recorrido, pois, na inicial este alega que teriam sido furtados exclusivamente acessórios de segurança enquanto que no pedido inicial incluiu o furto de objetos como o do tanque de combustível.

Contudo, do conjunto probatório acostado aos autos, penso que exsurge dados suficientes para comprovar as alegações do apelado.

É fato incontroverso que o furto dos objetos ocorreu dentro do estacionamento do Shopping Bosque dos Ipês, tanto que contra esta afirmação não se contrapõe a apelante.

Primordialmente, no que se refere ao mérito da demanda e aferição da responsabilidade do apelante, é de ser mantida a conclusão a que chegou o juízo de origem, no sentido de que é manifesto o dever de guarda e vigilância da apelante com relação aos veículos estacionados em suas instalações, *in verbis*:

> *"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. Este, manifestação de vontade em conformidade com o que estabelece a ordem jurídica e que obriga da mesma forma que o comando estatal.*

1 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

2 sic: Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

3 Enunciado Administrativo número 2 do STJ: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Enunciado Administrativo número 7 do STJ: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

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[4] *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*[5] *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.

Como se vê, 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".

Inicialmente, observo que é incontroverso que a subtração dos objetos pertencentes à motocicleta se deu no estacionamento do Shopping, circunstância que não foi arrostada pela requerida em sua contestação, presumindo-se como verdadeiros os fatos alegados pelo autor na inicial a esse respeito, eis que, se pretendesse afastar a alegação do requerente de que o veículo encontrava-se no interior de suas dependências, a demandada facilmente poderia ter apresentado as câmeras de vigilância e ilidido a pretensão inicial.

Sendo assim, não há discussão acerca de ser o autor empregado de pessoa jurídica instalada nas dependência da parte ré (f. 19-21), bem como de que na data em questão sua motocicleta encontrava-se no estacionamento daquela.

Pois bem. <u>Sendo manifesto o dever de guarda e vigilância que tem a demandada com relação aos veículos que se encontram estacionados em suas dependências, independentemente da qualidade da vítima, se consumidor ou empregado de estabelecimento comercial instalado no local, verifico que os documentos que acompanham a inicial, ao contrário do que foi afirmado pela parte ré, não são contraditórios, divergentes ou incongruentes.</u>" (fls. 89-91). Grifei

4 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de Outrem.

5 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.

Dano material

Quanto ao dano material, com relação a incongruência alegada pela apelante, não lhe assiste razão, isto porque, da leitura do Boletim de Ocorrência de fl. 22, ficou registrado que o recorrido estacionou sua motocicleta por volta das 13:00 horas e saiu do local por volta das 22:30 horas, momento em que encontrou o veículo danificado, com falta de várias peças, entre elas, maçaneta, retrovisores e todo o sistema de freio a disco, consignando que o fluído de freio havia sido derramado sobre o tanque da motocicleta.

Desta forma, a troca do tanque de combustível ocorreu não porque este fora furtado, mas porque restou danificada a pintura metálica quando sobre ele foi derramado fluído de freio, *in verbis*:

> *"Não foi mencionado em nenhum momento que o tanque fora furtado, apenas constou no orçamento, posto que o mesmo sofreu dano, por um motivo simples, no ato do fruto quando da retirada do fluido de freio da moto o mesmo derramou no tanque, sendo que este, não volta a ter a mesma cor, pois fluido de freio em cor metálica danifica sem que haja recuperação, devendo ser trocado em sua totalidade." fl. 116,* destaquei

Portanto, não existe contradição no orçamento de fl. 24, isso porque o fato de ter relacionado o tanque de combustível não quer dizer que este tenha sido furtado com as demais peças, mas sim que precisa ser trocado porque teve sua pintura metálica danificada.

Ademais, contra a afirmação de que não dá para recuperar a pintura do tanque não se insurgiu a apelante, ônus que lhe competia, restringindo-se a alegar que não houve o furto do referido objeto.

Ainda, insurge-se a apelante contra a juntada de apenas um orçamento (e não nota fiscal), ora, houve a juntada de somente um orçamento porque só existe uma concessionária autorizada a prestar serviço a empresa Honda, e não foi juntada a nota fiscal porque, por falta de condições financeiras, o apelado ainda não adquiriu referidas peças, dessa maneira o orçamento de fl. 24 serve perfeitamente para comprovar o dano causado ao veículo do recorrido.

Portanto, analisando o conjunto probatório carreado aos autos, não há como afastar o dano emergente sofrido pelo recorrido na ordem de R$ 2.221,50 (dois mil, duzentos e vinte e um reais e cinquenta centavos), haja vista que referido prejuízo está estampado no documento de fl. 24 juntado aos autos.

A alegação de que a reparação das avarias sofridas na motocicleta não é devida porque não restou comprovada, ou porque o autor não se desincumbiu do ônus de carrear aos autos 03 (três) orçamentos ou notas fiscais capazes de comprovar o *quantum* despendido com os eventuais reparos, não tem o condão de afastar a responsabilidade indenizatória. Primeiro, porque a ocorrência do dano patrimonial está evidenciado nos autos e segundo porque a apelante não impugnou de maneira fundada o orçamento.

Convém consignar que não há exigência legal condicionando a indenização à apresentação de 03 (três) orçamentos, como pretende a recorrente, podendo ser considerado, para tal finalidade, aquele trazido pela parte interessada que é idôneo e não impugnado de forma fundamentada e convincente, como suficiente para definir o valor da indenização, ressaltando que não é suficiente a mera impugnação, devendo ser comprovada a efetiva falta de credibilidade do orçamento.

Ademais, a ausência de apresentação de três orçamentos por parte do recorrido não gera qualquer consequência, pois, há prova documental de que o autor apelado para recuperação da sua motocicleta deverá arcar com o valor pretendido na inicial e, além disso, não há nada a desmerecer essa prova, mesmo porque não se mostram exorbitantes os valores apresentados.

Portanto, o documento de fl. 24 serve como prova do valor decorrente das avarias constatadas na motocicleta em decorrência do furto ocorrido, encontrando-se em consonância com os fatos narrados na inicial e no boletim de ocorrência de fl. 22.

Especificamente acerca da questão em comento, já decidiram os tribunais pátrios, *verbis:*

> *"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO EM ESTACIONAMENTO. VEÍCULO PERTENCENTE A EMPREGADO. EVENTO OCORRIDO DURANTE A JORNADA DE TRABALHO. EXISTÊNCIA DE VIGILÂNCIA NO LOCAL. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E PRESTEZA. DOUTRINA. RECURSO ESPECIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. REEXAME. VEDAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. I - A empresa que permite aos seus empregados utilizarem-se do seu parqueamento, aparentemente seguro e dotado de vigilância, assume dever de guarda, tornando-se civilmente responsável por furtos de veículos a eles pertencentes ali ocorridos. II - Conclusão que se impõe diante da evidência de que a empresa, ao assim proceder, aufere, como contrapartida ao comodismo e segurança proporcionados, maior e melhor produtividade dos funcionários, notadamente por lhes retirar, na hora do trabalho, qualquer preocupação quanto à incolumidade de seus veículos. III - A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender os princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios. IV - O recurso especial não é via hábil para o reexame das circunstâncias da causa."* (STJ - Recurso Especial (RESP) - Nº 195664 - SP - RIP: 199800863508 - Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Turma: Quarta Turma - J. 08/06/1999 - DJ. 28/06/1999).

> *"FURTO DE VEICULO EM ESTACIONAMENTO DE "SHOPPING CENTER". VEICULO NÃO PERTENCENTE A CLIENTE MAS A EMPREGADO DE UMA DAS LOJAS. APLICAÇÃO, NÃO OBSTANTE ESSE ASPECTO, DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE TEM AFIRMADO, EM CASOS DE FURTO EM ESTACIONAMENTO, A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO. 2. DIREITO DE REGRESSO DADO AO SEGURADOR, SEGUNDO A SUMULA 188/STF. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E LHE DAR PROVIMENTO."* (STJ - Recurso Especial (RESP) - Nº 43620 - SP - RIP: 199400029780 - Rel. Nilson Naves - Turma: Terceira Turma - J. 08/08/1994 - DJ. 26/09/1994).

> *"RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES -OCASIONADOS EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - ACIDENTE OCORRIDO EM RODOVIA - ALBOROAMENTO NA PARTE TRASEIRA DO VEÍCULO (CAMINHÃO BI-TREM) DE PROPRIEDADE DA AUTORA-APELADA - MANOBRA IMPRUDENTE DO CONDUTOR DO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DA RÉ (LITISDENUNCIANTE) ALBOROAMENTO DA TRASEIRA - RESPONSABILIDADE CONFIGURADA - DANOS CAUSADOS TANTO NOS ACESSÓRIOS COMO NA PARTE MECÂNICA DOS VEÍCULOS DA AUTORA-APELADA - OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA CONFIGURADA - DANO MATERIAL (EMERGENTES) - CONFIGURADO - AUSÊNCIAS DE TRÊS ORÇAMENTOS - IRRELEVÂNCIA - LUCROS CESSANTES - PEDIDO INACOLHIDO NA INSTÂNCIA MONOCRÁTICA - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO - PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO - RECURSO INTERPOSTO PELA SEGURADORA (DENUNCIADA À LIDE) - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DANO E, INSURGÊNCIA QUANTO À PROPORCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO FIXADA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CORRETA A SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA EM TODOS OS SEUS PONTOS - RECURSO IMPROVIDO. 1 - (...) 3 - O fato de a autora ter carreado aos autos apenas 01 (um) orçamento, e não 03 (três) orçamentos idôneos, demonstrando a*

> *extensão dos danos sofridos, como pretende a apelante, não é razão suficiente para ilidir a responsabilidade indenizatória da ré e da apelante, e inacolher o pedido de dano material, formulado pela autora. 4 - (...)"* (Ap 90160/2010, Des. José Ferreira Leite, Sexta Câmara Cível, Julgado em 27/04/2011, Publicado no DJE 04/05/2011) destaquei
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. CULPA. INVASÃO DA PREFERENCIAL. AUSÊNCIA DE RECURSO DOS RÉUS. DANOS MATERIAIS. APRESENTAÇÃO DE TRÊS ORÇAMENTOS. DESNECESSIDADE DA JUNTADA DE NOTAS FISCAIS OU COMPROVANTES DE PAGAMENTO DO CONSERTO. 1. (...) 2. É pacífica a jurisprudência deste órgão fracionário no sentido de ser válida a mensuração dos danos emergentes por meio da apresentação de três orçamentos, não se exigindo que a parte apresente nota fiscal, ordem de serviço ou comprovante de pagamento dos reparos do veículo. 3. Mostra-se descabida a exigência de comprovação dos danos materiais exclusivamente por meio de notas fiscais ou comprovantes de pagamento do conserto, uma vez que, em muitos casos, a parte sequer dispõe de numerário suficiente para realizar os reparos em seu veículo, não podendo, pela sua condição econômica, ser prejudicada na obtenção da tutela jurisdicional. 4. (...) Apelação provida."* (Apelação Cível Nº 70050296532, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 19/03/2015). Grifei

Assim, em decorrência do dever de guarda e vigilância a que se obrigou a apelante, ficando provado a ocorrência do furto dos objetos e os danos causados à motocicleta do recorrido no pátio da empresa apelante e, se a apelante não infirmou as provas trazidas pelo recorrido, que conduzem à procedência do seu pedido – deve indenizar o recorrido pelo prejuízo material experimentado, sendo acertada a sentença que assim decidiu.

Dano moral

Com relação aos danos morais, não merece reforma a sentença objurgada, pois, especificamente no caso dos autos, o fato do apelado ter sido privado por tanto tempo do uso da motocicleta, a qual utilizava para se locomover até o trabalho e, conforme foi mencionado na sentença pelo magistrado *a quo*, tendo em vista a jornada de trabalho do autor perdurar até às 22:30 horas, e, diante das peculiaridades constatadas, a aflição suportada pela parte autora, não se trata de mero aborrecimento, acarretando dano moral, passível de indenização.

Com efeito, é de ser mantida a conclusão a que chegou o juízo de origem, razão pela qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir tal matéria, *in verbis*:

> *"Com efeito, os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.*
>
> *Portanto, os dissabores, transtornos e incômodos pelos quais passou o autor ultrapassam a barreira do razoável, bastando para aquilatar "via crucis" percorrida buscando a reparação dos prejuízos em razão dos fatos alegados na inicial.*
>
> *Assim levando-se em consideração tais fatos, bem como a capacidade financeira do ofendido e do requerido e considerando-se que a indenização não pode constituir-se em enriquecimento indevido, entendo que a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) atende, satisfatoriamente, aos interesses da vítima, compensando-lhe os prejuízos e constrangimentos, representando desestímulo ao requerido."* fls. 93-94 – Grifei

Em casos semelhantes, já se decidiu:

> *"DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR - APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROUBO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO - DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEGLIGÊNCIA DA GUARDA - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - MANUTENÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - DATA DO ARBITRAMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - O estabelecimento que permite, mesmo a título gratuito, o estacionamento de veículo em seu pátio, tem responsabilidade pela guarda e vigilância do bem, e responde por qualquer dano causado. - Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços ou de produtos responde para com o consumidor em caso de dano, independentemente de culpa. - O roubo/furto de veículo em estacionamento de supermercado configura o dano moral indenizável. - O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de forma proporcional às circunstâncias do caso, e com razoabilidade. - A teor do disposto na Súmula 362 do STJ, a correção monetária sobre o valor reparatório deve incidir desde a data do arbitramento. - Recurso provido em parte."* (TJ-MG; Apelação Cível 1.0024.08.150684-2/001, Relator (a): Des. (a) Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, julgamento em 06/02/2014, publicação da sumula em 18/02/2014)

> *"RECURSO INOMINADO. INDENIZATÓRIA. FURTO DE BENS DO INTERIOR DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. PARADIGMA DE VEROSSIMILHANÇA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DANO MATERIAL COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE. RECURSO DA AUTORA ERICA NÃO CONHECIDO POR INTEMPESTIVO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DAS AUTORAS NATALIE E CATHERINA."* (Recurso Cível Nº 71005500400, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Julgado em 08/07/2015)

No que tange ao pedido do recorrido de majoração do *quantum* indenizatório formulado nas contrarrazões, tenho que não merece guarida visto que deveria ter sido realizado em sede de apelação voluntária ou recurso adesivo, razão pela qual deixo de analisar referido pleito, até mesmo em observância a vedação da *reformatio in pejus*.

Dessa forma, mantenho o valor de R$ 2.000,00 arbitrado pelo julgador singular.

Nesse sentido:

> *"CONSUMIDOR. BLOQUEIO INDEVIDO DE CARTÃO DE CRÉDITO, UTILIZADO PELOS APELADOS PRINCIPALMENTE EM SUPERMERCADOS E FARMÁCIAS. CONDUTA INJUSTA, APTA POR SI SÓ A PROVOCAR AFLIÇÃO. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO VEICULADO EM CONTRARRAZÕES. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. O bloqueio indevido de cartão de crédito, usado essencialmente para compra de gêneros de primeira necessidade e remédios, é apto a gerar dano moral indenizável;* ***- É de sabença comezinha que pedido de aumento de indenização não pode ser veiculado em sede de contrarrazões, devendo ser manejados em apelo próprio ou em recurso adesivo; -*** *Mostra-se excessivo o valor arbitrado na instância de origem, devendo a indenização ser reduzida para R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um dos Apelados,*

> *tendo em vista a pouca duração do bloqueio perpetrado e a ausência de prova de que tenham experimentado maiores constrangimentos; - Recurso parcialmente provido."* (TJ/PE - APL 529213620108170001 PE 0052921-36.2010.8.17.0001 - Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes - Julgamento: 11/09/2012 - Órgão Julgador:2ª Câmara Cível - Publicação: 173/2012) Grifei

Por todo o exposto, merece ser integralmente mantida a sentença objurgada, razão pela qual nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1404425-56.2015.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO – COMPROVADA ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE ENTRE O DESCUMPRIMENTO DO DEVER FUNCIONAL E A PENA APLICADA – INOCORRÊNCIA DA CONDUTA QUE PREVIA A SUSPENSÃO – PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – PENALIDADE DE REPREENSÃO ADEQUADA AO CASO CONCRETO – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – PENALIDADE DE SUSPENSÃO AFASTADA POR AUSÊNCIA DA PRÁTICA DE CONDUTA QUE A IMPUSESSE – PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* – FUNÇÃO GRATIFICADA – DIRETORA ESCOLAR – ATO VINCULADO – IMOTIVADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Considerando que o relatório da comissão processante do processo administrativo disciplinar apontou que a impetrante descumpriu deveres funcionais, não apontando o cometimento de falta grave, há de ser aplicada a penalidade de repreensão nos termos do artigo 233 e demais úteis da Lei Estadual n.º 1.102/90, pois ainda que pudesse a autoridade administrativa aplicar inclusive pena mais grave (se fosse o caso), deveria tal decisão ser motivada e amparada em elementos suficientes nos autos, o que não se deu.

Interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, o prazo prescricional volta a correr por inteiro após 140 (cento e quarenta) dias, prazo máximo para conclusão do processo administrativo, independentemente de ter havido ou não o seu efetivo encerramento.

Após a retomada do prazo prescricional antes interrompido, não tendo a autoridade administrativa aplicado a penalidade dentro do prazo legal previsto (no caso, de 180 dias), na forma do inciso III do artigo 240, da Lei n. 1.102/90, opera-se a prescrição.

Penalidade de suspensão afastada por ausência de conduta que a impusesse, por aplicação dos princípios da tipicidade, legalidade e reserva legal, e impossibilidade de aplicação de analogia *in malam partem*.

Resta ilegal o ato que destitui da função gratificada de diretora escolar, por inobservância aos princípios da legalidade e da motivação, já que se trata de ato vinculado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Romilda Anacleto de Oliveira, servidora pública estável, ocupante de função comissionada (diretora de escola estadual), impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra atos reputados de ilegais praticados pelo(a) Secretário(a) de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, emendando a inicial às fls. 150/167, antes da citação do requerido.

A impetrante, no processo administrativo disciplinar 29/001438/2013 – PAD n. 82/2013, instaurado em 05/11/2013 e publicado em 28/11/2013, foi condenada à pena de suspensão por quinze dias, pena esta convertida em multa, bem como dispensada da função gratificada de diretora escolar.

Alega que as infrações do art. 218, incisos I, II, III, VI, XI e XII, da Lei n. 1.102/90 implicam penalidade de repreensão, as quais já estavam prescritas antes mesmo da instauração do Processo Administrativo Disciplinar, e que embora condenada à pena de suspensão por infração do art. 219, IV, da mesma Lei, estava em gozo de férias no período apontado (de 27/11/2012 a 11/12/2012) no processo como se tivesse deixado de comparecer ao serviço sem causa justificada, sendo, portanto, inexistente a infração, e consequentemente, indevida a punição a ela imposta.

Afirma que o Decreto n. 12.500/2008 apenas prevê atribuições do cargo não constando em seu texto nenhum caráter punitivo, até porque punição disciplinar não pode estar prevista em Decreto, mas em Lei no sentido formal como preconiza a Constituição Federal.

Aduz que a penalidade de destituição de cargo em comissão não foi decidida no julgamento do PAD, e não está previamente cominada na lei como aplicável a tais infrações.

Ao final, pede a concessão da segurança, para o fim de declarar nulas e ilegais as Resoluções n. 828/2015 e n. 956/2015, porque não reconheceu a prescrição das infrações, porque indevidamente aplicada a pena de suspensão, convertida em multa, e falta de previsão para a punição de destituição do cargo de diretora escolar, determinando a revisão nos assentos funcionais da impetrante, bem como sua recondução ao cargo de diretora.

Por meio da decisão que deferiu a liminar (fls. 144/146), obteve a suspensão da Resolução 828/2015, publicada no DOEMS 8897, pág. 19, que aplicou-lhe a pena de suspensão com fulcro em incisos do art. 218 e inciso IV do artigo 219, da Lei 1.102/90; bem como da Resolução 956/2015, publicada no DOEMS 8904, pág. 14, que a dispensou do cargo de diretora escolar em decorrência da punição no Processo Administrativo 82/2013.

A autoridade coatora prestou informações e defesa às fls. 200/211 e alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita, e no mérito, requerendo a denegação da segurança.

O Ministério Público, em manifestação de fls. 213/219, assevera que no controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a atuação do Poder Judiciário limita-se à aferição da regularidade do procedimento, bem como a legalidade do ato, não sendo possível imiscuir-se no mérito administrativo a fim de verificar o grau de conveniência e oportunidade.

Defende que diante das provas pré-constituídas trazidas aos autos, desnecessária a dilação probatória, e portanto, não há que se falar em inadequação da via eleita.

No mérito, constata que sendo as infrações do art. 218 puníveis com pena de repreensão, ocorreu a prescrição, e que, de fato, tendo o processo concluído pela pena de suspensão em razão dos dias indicados como falta injustiçada, e tendo estado a impetrante em gozo de férias em tais dias, opina pela concessão da segurança.

VOTO

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

Romilda Anacleto de Oliveira impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra atos reputados de ilegais praticados pelo (a) Secretário(a) de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, em processo administrativo em que foi suspensa por quinze dias, pena esta convertida em multa, mantendo-a em serviço, bem como dispensada da função gratificada de diretora escolar, alegando que a pena disciplinar prevista para infração aos deveres funcionais (art. 218 da Lei 1.102/90), é a repreensão, que já estava prescrita antes mesmo da instauração do PAD, e que não houve a subsunção do fato à norma (art. 219, punível com suspensão), quanto à proibição de deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada, uma vez que nos dias citados na decisão estava de férias, configurando causa justificada.

Obteve a concessão de liminar para suspender os efeitos (fls. 144/146):

1) da Resolução 828/2015, publicada no DOEMS 8897, pág. 19, que aplicou-lhe a pena de suspensão com fulcro em incisos do art. 218 e inciso IV do artigo 219, da Lei 1.102/90; e,

2) da Resolução 956/2015, publicada no DOEMS 8904, pág. 14, que a dispensou do cargo de diretora escolar em decorrência da punição no Processo Administrativo 82/2013.

Regularmente intimada, a autoridade apontada como coatora deixou de prestar as informações, o que foi feito pela pessoa jurídica a qual está vinculada, ou seja, encampado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Procuradoria-Geral do Estado, que apresentou informações e defesa pela autoridade apontada como coatora, justificando a legalidade do ato atacado.

Da preliminar de inadequação da via eleita

De início, convém registrar que é perfeitamente cabível ao Poder Judiciário analisar, por meio do mandado de segurança, a penalidade disciplinar aplicada no âmbito administrativo, desde que tenha como fundamento corrigir eventual ilegalidade ou o resguardo da proporcionalidade entre a pena aplicada e a falta cometido pelo servidor.

A propósito a jurisprudência do S.T.J.:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INFRAÇÕES PREVISTAS NOS INCISOS I E II DO ART. 116 E NO INCISO IX DO ART. 117, AMBOS DA LEI N. 8.112/1990. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. FALHAS TÉCNICAS. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. 1. A Comissão processante não apurou se as ações praticadas pelo impetrante lhe favoreceram ou favoreceram terceiros. 2. A aplicação das penalidades - tanto na esfera administrativa quanto na penal - deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização das penas. 3. A pena aplicada não pode ultrapassar em espécie ou quantidade o limite de culpabilidade do autor. 4. A cassação da aposentadoria é pena extrema, devendo ser aplicada somente nas hipóteses em que não exista dúvida sobre a autoria, materialidade e culpabilidade do autor. 5. Segurança concedida."* (STJ. MS 15.097/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 13/06/2012, DJe 03/09/2012)

> *"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONDUTA DESIDIOSA. POSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior, especialmente por sua Terceira Seção, é firme no sentido*

> *de que o Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, não se limita a aferir a correção de aspectos formais do procedimento, podendo anular ou reformar sanções impostas a servidores públicos quando estas contrariem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (...). 3. A jurisprudência desta Corte Superior está firmada no sentido de que a eventual nulidade do procedimento exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, sem a qual torna-se aplicável à espécie o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes:* (MS 13.520/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3S, DJe 02/09/2013; MS 7.681/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 3S, DJe 5.8.2013). *4. Não serve o mandado de segurança, dada sua natureza congnitiva, para demonstrar a ausência de conduta desidiosa por parte da impetrante.* Precedente: MS 8.858/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 3T, DJ 8.3.2004, p. 167. *5. Segurança denegada."* (STJ. MS 12.584/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, julgado em 25/09/2013, DJe 01/10/2013)
>
> *"(...) Mandado de Segurança – Discussão da penalidade aplicada pela Administração – Procedimento disciplinar apuratório – Análise pelo Poder Judiciário – Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e a proporcionalidade da penalidade aplicada ou outros aspectos procedimentais (RT 819/146)". Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais."* Precedentes (STJ, MS 13395/DF. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 3ª Seção. DJe 18/11/2008).

O mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada *"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"* (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

Logo, afasto a preliminar aventada.

Mérito

Pois bem. No processo administrativo disciplinar 29/001438/2013 – PAD n. 82/2013, instaurado em 05/11/2013 e publicado em 28/11/2013, a impetrante foi condenada à pena de suspensão por quinze dias, pena esta convertida em multa, bem como dispensada da função gratificada de diretora escolar.

As infrações (ocorridas até 31/12/2012) a ela imputadas foram as previstas nos incisos I, II, III, VI, XI e XII do art. 218 e inciso IV do art. 219 da Lei Estadual n. 1.102/90, que rege o regime disciplinar dos servidores públicos estaduais e, no exercício da função gratificada de diretora escolar, pelo descumprimento dos incisos I a XIII do art. 33 do Decreto 12.500/2008.

Eis os incisos do art. 218, cuja prática lhe foi imputada, elencadas nas fls. 44/49:

> *"Art. 218. São deveres do funcionário:*
>
> *I - ser assíduo e pontual;*
>
> *II - cumprir às ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais;*
>
> *III - desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que for incumbido;*
>
> *(...)*

> *VI - tratar com urbanidade os companheiros de serviço e as partes;*
>
> *(...)*
>
> *XI - cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho;*
>
> *XII - estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções;"*

O Estatuto dos Servidores Civis (Lei n. 1.102/90), em seu art. 231, dispõe que são penas disciplinares: a repreensão, suspensão, multa, demissão, cassação de disponibilidade e destituição de cargo em comissão, as quais devem ser aplicadas de acordo com a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público e os antecedentes funcionais do funcionário do infrator, conforme apregoa o art. 232 do referido estatuto.

A falta cometida pela impetrante foi o descumprimento de deveres funcionais conforme conclusão a que chegou a comissão processante (fls. 44/49), caso em que está prevista a penalidade de repreensão, e não de suspensão, como estabelecido na instância administrativa.

Ainda que a autoridade competente para aplicar a sanção administrativa possa divergir das conclusões da comissão disciplinar, deve apoiar tal decisão em suficiente motivação, que no caso, foram apenas a indicação aos incisos do art. 218, que descrevem faltas funcionais, mas impondo pena diversa à prevista, restando a penalidade imposta sem a comprovação das condutas correspondentes. Evidenciando-se, inclusive, a ausência de motivação para a punição imposta, pois limitou-se em dizer (fls. 36/37):

> *"E, considerando que ao final da instrução processual a Comissão Processante OPINOU pela penalidade administrativa disciplinar de demissão à servidora Romilda Anacleto pelo descumprimento dos artigos 218, incisos, I, II, III, VI, XI, XII e 219, inciso IV, ambos da Lei Estadual n. 1.102/1990 e, no exercício da função gratificada de diretor escolar, pelo descumprimento dos incisos I ao XIII, do artigo 33 do Decreto 12.500/2008;*
>
> *(...)*
>
> *Decido por aplicar à servidora Romilda Anacleto, matrícula n. 57455021, ocupante do cargo de Professor, exercendo a função gratificada de diretora da Escola Estadual Gustavo Rodrigues da Silva desde 01/12/2011, nos termos do artigo 231, inciso II c/c 234, inciso, I, § 2º, ambos da Lei Estadual 1.102/1990, a penalidade administrativa de suspensão por 15 (quinze) dias, convertida (sic) em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) do vencimento efetivo, permanecendo em serviço, em razão da violação aos artigos 218, incisos, I, II, III, VI, XI, XII e 219, inciso IV, ambos da Lei Estadual n. 1.102/1990 e, no exercício da função gratificada de diretor escolar, pelo descumprimento dos incisos I ao XIII, do artigo 33 do Decreto 12.500/2008, o que configura infração ao desempenho da função gratificada de diretora da unidade escolar."*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera somente ser possível o acolhimento do pleito de violação à razoabilidade e à proporcionalidade em casos excepcionais, nos quais esteja bem evidenciada a dissociação entre as provas dos autos e as conclusões do processo disciplinar. É o caso dos autos.

Ora, a legislação que rege a matéria não deixa dúvida alguma de que quando o servidor incorre na falta para com os deveres funcionais, previstos no art. 218 da Lei Estadual n.º 1.102/90, impõe-se a pena de repreensão, conforme previsto no art. 233 da Lei em pauta: *"A pena de repreensão será aplicada por escrito, nos casos de indisciplina ou* ***falta de cumprimento dos deveres funcionais****"*. Destaquei

Ademais, é cediço que muitos dos princípios legais que regem o direito penal estão também presentes no direito administrativo disciplinar, tais como os princípios da tipicidade, prescrição intercorrente, isonomia, proporcionalidade, proibição da *reformatio in pejus*, *non bis in idem*, presunção de inocência, direito à ampla defesa e ao contraditório, legalidade, dentre outros, e dentre eles, o princípio da reserva legal, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, segundo o qual: *"não há crime sem lei anterior que o defina,* ***nem pena sem prévia cominação legal****"* – destaquei – devendo a acusação no processo administrativo disciplinar ser circunstanciada, objetiva, direta e ter previsão em um tipo legal.

Assim sendo, cabe a apreciação da ocorrência ou não da prescrição, no caso.

O próprio Estado de MS, ao responder pela autoridade coatora, afirmou (fls. 208/209):

> *"Como demonstrado, o marco inicial da prescrição é a data em que a autoridade competente tomou ciência do fato, no caso, se deu no dia 05 de novembro de 2012, fls. 02 do PAD, data em que a servidora Antonia de Fátima Pereira formulou à Administração a denúncia dos fatos. O ato interruptivo da prescrição – Portaria instauradora do PAD – foi expedido no dia 05.11.2013 e o julgamento se deu no dia 31.03.2015.*
>
> *Ou seja, se considerarmos a pena de suspensão aplicada e momento em que a prescrição foi interrompida, com a expedição da Portaria Instauradora do PAD, teríamos dois anos e mais 140 dias (prazo para a conclusão do PAD) para a ocorrência da prescrição, que a contar de 05.11.2013 daria, aproximadamente, em 25.03.2015."*

Logo, constata-se do presente *writ,* que a decisão que impôs à impetrante as penalidades elencadas nos incisos do art. 218 de fato já estavam prescritas, uma vez que as infrações teriam ocorrido até dezembro de 2012 (daí contados 180 dias), portanto, prescreveram em junho de 2013, enquanto o PAD foi instaurado somente em 05/11/2013.

Ainda que fosse alegado, que tal prazo deve ser contado da data da ciência por parte da Administração, é possível aplicar a prescrição entre a abertura do processo administrativo e a decisão que aplicou a penalidade.

Com efeito, o art. 240 da Lei n. 1.102/90, dispõe que:

> *"Art. 240.* ***Prescreverá a punibilidade****:*
>
> *(...)*
>
> *III -* ***em cento e oitenta dias, quanto a repreensão****.*
>
> *§ 1º* ***O prazo de prescrição começa a correr da data em que o ilícito foi praticado****.*
>
> *§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal, aplicam-se as infrações disciplinares capituladas como crime.*
>
> *§ 3º* ***A abertura de sindicância ou a instauração de processo administrativo disciplinar interrompe o curso prescricional****.*
>
> *§ 4º* ***Suspensa a prescrição, esta recomeçará a ocorrer pelo prazo restante, a partir do dia em que cessar a suspensão.****"*. – destaques nossos

Embora o § 4º acima referido seja claro ao dispor que o prazo (interrompido com a instauração do processo administrativo), começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção, ou seja, com

a conclusão do processo administrativo, não se pode olvidar que essa interrupção não pode se estender indefinidamente no tempo, em homenagem à segurança jurídica.

Por essa razão, a jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de que a interrupção da prescrição, nesse caso, perdura até o prazo máximo para a conclusão do processo administrativo disciplinar, quando, então, voltará a correr.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

> *"ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - CONTAGEM DO PRESCRICIONAL - PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – SEGURANÇA CONCEDIDA. Interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, o prazo prescricional volta a correr por inteiro após 140 (cento e quarenta) dias, prazo máximo para conclusão do processo administrativo e imposição de pena, independentemente de ter havido ou não o seu efetivo encerramento. Após a retomada do prazo prescricional antes interrompido, não tendo a Comissão Processante aplicado a penalidade dentro do prazo legal previsto (no caso, de 5 anos, na forma do inciso I do artigo 240, da Lei n. 1.102/90, opera-se a prescrição".* (Mandado de Segurança nº. 2011.021646-3. Órgão Especial. Rel. Des. João Maria Lós. J. 14.03.2012.).

E também, assim se encontra consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ORDINÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – PENA DE DEMISSÃO – ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOCORRÊNCIA – DESCONSIDERAÇÃO DE CAUSA INTERRUPTIVA INCIDENTE NO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL (LEI Nº 8.112/90, ART. 142, § 3º)– INOVAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS DO PEDIDO – FUNDAMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO – OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO . - A instauração do processo disciplinar qualifica-se como março interruptivo da prescrição (Lei nº 8.112/90, art. 142, § 3º), cujo prazo recomeça a contar por inteiro após o transcurso do lapso temporal de cento e quarenta (140) dias que a Administração Pública tem para concluir o inquérito administrativo."* (STF - RMS: 30716 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-087 Divulg 09-05-2013 Public 10-05-2013)

> *"(...) 1. Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de cento e quarenta dias o prazo estabelecido pela Lei nº 8.112/1990 para o término do processo administrativo disciplinar nela previsto. É igualmente firme a orientação segundo a qual o prazo prescricional, que se interrompe com a instauração do processo disciplinar, tem a sua contagem retomada, por inteiro, após decorridos cento e quarenta dias do início do processo."* (MS 15.095/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 17/09/2012).

No caso em tela, o processo administrativo foi instaurado em 05 de novembro de 2013 (fls. 44/55). O prazo máximo de conclusão é de 140 (cento e quarenta dias), de modo que o prazo prescricional, interrompido com a instauração do processo administrativo, somente voltou a fluir em meados de abril de 2014, ou seja, indubitavelmente, que contando-se novamente os 180 (cento e oitenta) dias, a prescrição se deu em outubro de 2014. Entretanto, a decisão da Secretaria de Estado de Educação somente foi proferida em 31/03/2015, dispensando consignar a data exata da prescrição, é óbvio que se consumou.

Via de consequência, deve ser reconhecida a prescrição punitiva da Administração Pública para a imposição da pena de repreensão, no que toca à violação dos deveres funcionais (art. 218 da Lei n. 1.102/90).

Passo a apreciar a condenação no que concerne ao inciso IV do art. 219, da Lei n. 1.102/90, que assim dispõe:

> *"Art. 219. Ao funcionário é proibido:*
>
> *(...)*
>
> *IV – deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada;"*

A penalidade de suspensão, por seu turno, vem disciplinada no art. 234 do citado diploma legal, que ora transcrevo:

> *"Art. 234. A pena de suspensão, que não excederá noventa dias, será aplicada em casos de:*
>
> *I - falta grave;*
>
> *II - reincidência em falta já punida com repreensão; e*
>
> *III - desrespeito a proibição, que pela sua natureza não ensejar a pena de demissão."*

A conduta indicada como falta grave seria a indicada na pág. 35:

> *"A ausência da diretora Romilda na unidade escolar nos dias: 27/11/2012; 11/12/2012, sendo que, na ocasião, as supervisoras Joceni e Ione repassaram orientações para a unidade escolar, visto que a diretora estava ausente, mas, na folha de frequência da diretora Romilda, consta como se ela estivesse na unidade escolar nas datas em questão;"*

Ocorre que a impetrante, nos dias citados na decisão (27/11/2012 e 11/12/2012), estava em gozo de férias, como bem se vê da documentação juntada às fls. 133/134, não existindo qualquer documento apresentado pela autoridade coatora que infirme, ou se contraponha a tais documentos, ou seja, que conste a presença da impetrante na escola, como afirmado pelo Estado às fls. 225, o que não foi demonstrado nos autos:

> "*Ou seja, é exatamente ao contrário do argumento desenvolvido pela impetrante, o que se demonstrou no Relatório Final foi que a impetrante, mesmo estando ausente, constava como se ela estivesse presente, numa clara demonstração de fraude.*"

Tanto que, nessas datas, foi substituída pela servidora Matildes Alves da Silva, como comprovam as designações publicadas de fls. 110 e 114/115.

Ora, pelo princípio da tipicidade, legalidade e reserva legal, não é possível impor uma pena sem que esteja motivada em conduta de fato ilegal/ilícita.

E também, não é possível a aplicação da analogia *in malam partem*, ou seja, se a conduta típica prevista em lei é: *"deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada"*; não seria possível impor a pena em razão da pessoa *"mesmo estando ausente, constar como presente"*, como quer o Estado.

Desta feita, não havendo a impetrante incorrido na conduta prevista no "tipo" descrito no art. 219, IV, o afastamento da penalidade de suspensão é medida que se impõe.

Ademais, ao indicar o fundamento da penalidade, a Administração Pública reportou-se ao art. 231, II (pena disciplinar de suspensão), c/c art. 234, I (falta grave), § 2º (possibilidade da conversão da pena de suspensão em multa), ambos da Lei n. 1.102/90.

Ocorre que, teria sido mais acertado, se o fundamento tivesse sido no art. 234, III: *"desrespeito a proibição, que pela sua natureza não ensejar a pena de demissão"*; o que de qualquer forma, foi afastado porque, como visto, a servidora não incorreu na proibição prevista no art. 219, IV, da Lei 1.102/90.

Contudo, também incorreu em ilegalidade, a autoridade coatora, ao indicar o inciso I do art. 234 (falta grave), como fundamento, uma vez que este "tipo" ainda não tem definição legal, e por isso não há como ser aplicada a nenhum servidor em face da exigência do princípio da reserva legal, ou seja, não há crime nem pena sem prévia previsão legal, e portanto, há necessidade de estar descrita na lei, o que não ocorre na legislação estadual.

A impetrante também perdeu a função gratificada, com fundamento nos seguintes incisos do art. 33 do Decreto n. 12.500/2008[1]:

> *"Art. 33. São atribuições do Diretor:*
>
> *I - representar a Unidade Escolar, responsabilizando-se com a APM e com o Colegiado Escolar pelo seu funcionamento;*
>
> *II - cumprir e fazer cumprir a legislação do ensino e as determinações legais das autoridades competentes;*
>
> *(...)*
>
> *V - coordenar as atividades pedagógicas, administrativas e financeiras em consonância com a APM e o Colegiado Escolar;*
>
> *(...)*
>
> *VII - executar as determinações emanadas dos órgãos aos quais a Unidade Escolar está subordinada;*
>
> *(...)*
>
> *XI - gerir os recursos financeiros, em conjunto com a APM e com o Colegiado Escolar;"*

Embora revogado, era esse decreto que regia a estrutura das Unidades Escolares da rede estadual de ensino na época das condutas apuradas no processo administrativo objeto do *mandamus*.

Ocorre que, a decisão da autoridade administrativa apenas impôs a pena de suspensão, que foi convertida em multa, em razão da violação aos artigos já mencionados dos artigos 218 e 219, da Lei 1.102/90, e no exercício da função gratificada de diretor escolar, pelo descumprimento dos incisos do art. 33 do Decreto 12.500/2008, afirmando que configura infração ao desempenho da função gratificada de diretora da unidade escolar.

A penalidade da suspensão foi imposta por força do art. 219, IV, cuja prática foi afastada por meio desta decisão. Mas o Decreto n. 12.500/2008 somente dispõe sobre a estrutura das unidades escolares da rede estadual de ensino, descrevendo as atribuições da função, não impondo qualquer penalidade.

1 Revogado pelo Decreto n. 13.770, de 19.09.2013.

Muito embora, o Decreto previa a possibilidade de destituição da função em caso de transgressão disciplinar ou de conduta incompatível com a função, apuradas em sindicância e ou Processo administrativo disciplinar[2], a competência para a dispensa da função pertence ao Governador do Estado, conforme prevê o art. 16 da Lei Complementar Estadual n. 2, de 18 de janeiro de 1980, salvo se existir documento delegando essa competência à Secretária de Estado de Educação:

> *"Art. 16. A designação ou dispensa de ocupante de função gratificada é da competência do Governador do Estado, permitida a delegação de competência."*

Contudo, como se constatou as violações aos deveres funcionais puníveis com repreensão já estavam prescritas, e não houve a prática de nenhuma conduta que merecesse a pena de suspensão.

Igualmente, se vê que não há motivação suficiente na decisão, a ponto de impor a destituição da função gratificada, pois não há descrição de conduta de que a impetrante tenha deixado de representar a unidade escolar, ou de responsabilizar-se com a APM e com o Colegiado Escolar pelo seu funcionamento; que tenha deixado de cumprir ou fazer cumprir a legislação do ensino e as determinações legais das autoridades competentes; que tenha deixado de coordenar as atividades pedagógicas, administrativas e financeiras em consonância com a APM e o Colegiado Escular; que tenha deixado de executar as determinações emanadas dos órgãos aos quais a Unidade Escolar está subordinada; ou, que tenha deixado de gerir os recursos financeiros, em conjunto com a APM e com o Colegiado Escolar.

De forma que, investe-se de ilegalidade a Resolução n. 956/15 (fl. 42), que dispensou a servidora impetrante da função gratificada de Diretora e ordenadora de despesas, no âmbito do regime financeiro especial, na Escola Estadual Gustavo Rodrigues da Silva, por total ausência de motivação, na medida em que a referência aos incisos do art. 33 do Decreto 12.500/2008, no relatório final do processo administrativo n. 082/2013 (fls. 34/38), serviram apenas para a imposição da pena de suspensão, que foi afastada.

Ora, se está inserida na lei a faculdade de destituição da função em consequência de transgressão disciplinar ou de conduta incompatível com a função, evidente que o ato deverá ter a motivação suficientemente vinculada ao fato determinante, sob pena de ser arbitrário, como no presente caso.

Não se pode desconsiderar que a administração pública age segundo o princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, todavia, não se pode olvidar que deve agir no estreito às prescrições legais, com limites certos e forma legal de utilização.

O eminente administrativista Hely Lopes Meirelles, discorre sobre o uso do poder, com o seguinte escólio:

> *"O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública.*
>
> *O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.*

2 ~~Art. 8º A vacância da função de Diretor ou de Diretor-Adjunto dar-se-á pela:~~
~~(...)~~
~~IV - destituição da função.~~
~~§ 1º O Diretor e o Diretor-Adjunto poderão ser destituídos da função, em conseqüência de transgressão disciplinar ou de conduta incompatível com a função, apuradas em sindicância e ou processo administrativo disciplinar.~~

> *O uso do poder é licito; o abuso, sempre ilícito. Daí porque todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio do poder."* (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 25ª ed., p. 102) .

Posto isso, com o parecer, concedo a segurança, para o fim de tornar sem efeito a penalidade de suspensão aplicada à impetrante, devendo a penalidade ser substituída pela de repreensão, contra a qual declaro a prescrição, pelo que fica anulada a Resolução de n. 828, de 08 de abril de 2015.

E, considerando que a função de diretora escolar era, na época dos fatos, por eleição, na forma do art. 6º do Decreto n. 12.500/2008, e não houve a condenação da impetrante à destituição da função gratificada de diretora, salvo por outro motivo, fica anulada também a Resolução de n. 956, de 17 de abril de 2015.

Consequência lógica, deverá ser restabelecida a situação funcional da impetrante ao *status quo ante*.

Sem custas. Sem honorários nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802802-25.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – HOSPITAL NOSOCÔMIO – INTERNAÇÃO – FUGA DO PACIENTE – SEGUIDA POR SUA MORTE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL CONFIGURADA – PACIENTE INTERNADO SOB EFEITO DE ÁLCOOL – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – ENTIDADE FILANTRÓPICA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva, quando notória a existência de relação jurídica entre as partes, comprovada pelos documentos dos autos.

Se restarem comprovados os danos restritos a negligência do hospital com relação a fuga de um paciente, aquele não se encontra isento de responsabilidade, devendo indenizar, de acordo com o Art. 186 do Código Civil.

O dano moral deve ser arbitrado com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

É diminuída a quantia fixada, no caso de não atender aos parâmetros e não observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, principalmente em se tratando de entidade filantrópica.

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, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de maio de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Associação Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 78-85), proferida pela 2º vara cível da comarca de Aquidauana, nos autos de ação de indenização por dano moral, movida por Eliane Ferreira Marçal, Eni Ferreira Marçal Filha, Jorgina Mara Ferreira Marçal, Mauro Ferreira Marçal, Mário Ferreira Marçal, Marone Ferreira

Marçal, Naura Ferreira Marçal e Nicanor Ferreira Marçal Filho, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar a apelante a pagar a cada um dos autores uma indenização por danos morais no valor equivalente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários de advogado em favor do patrono dos autores, valor arbitrado em 10% da condenação imposta.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 92-101), requer a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, por não possuir condições econômico-financeiras de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento da entidade.

Preliminarmente, alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, eis que não teria responsabilidade alguma de manter o *de cujus* internado, até porque não é um hospital psiquiátrico e também não possui qualquer ala psiquiátrica para tanto.

Assevera, outrossim, que não há nexo causal entre o fato atribuído ao nosocômio e ao dano efetivo à familia do *de cujus*.

Sustenta ainda que o paciente estava internado desde o dia 25/11/2011 e evadindo-se no dia 27/11/2011, sendo assim, estava em plenas condições físicas e mentais para empreender a fuga, o que caracteriza a culpa exclusiva da vítima pelo infortúnio.

Aduz que a função de vigiar os pacientes, impedindo que estes empreendam fuga, se aplica apenas às pessoas que estejam correndo perigo de vida e, aos que não estejam no pleno gozo das faculdades mentais, o que não era o caso do paciente Agnaldo.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar integralmente a sentença.

Os apelados, em suas contrarrazões recursais (fls. 124-130), salientam que a alegação da apelante de que não tinha a obrigação de manter o *de cujus* internado em suas instalações e que, por esse motivo, não há liame de nexo causal para ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, não servem como fundamentos para que seja declarada sua ilegitimidade passiva.

Sustentam que é evidente que houve omissão e negligência da apelante, pois conforme os registros constantes dos relatórios médicos juntados aos autos, uma fuga do estabelecimento hospitalar seria um ato impraticável sem a percepção dos funcionários do local, em razão do estado físico do *de cujus*.

Pugnam pelo improvimento do recurso, devendo, portanto, ser mantida a sentença de primeiro grau.

VOTO

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

Associação Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 78-85), proferida pela 2º Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nos autos de ação de indenização por dano moral, movida por Eliane Ferreira Marçal, Eni Ferreira Marçal Filha, Jorgina Mara Ferreira Marçal, Mauro Ferreira Marçal, Mário Ferreira Marçal, Marone Ferreira Marçal, Naura Ferreira Marçal e Nicanor Ferreira Marçal Filho e Rodrigo Ferreira Marçal Neto, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar a apelante a pagar a cada um dos autores uma indenização por danos morais no valor equivalente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários de advogado em favor do patrono dos autores, valor arbitrado em 10% da condenação imposta.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 92-101), requer a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, por não possuir condições econômico-financeiras de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento da entidade.

Preliminarmente, alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, eis que não teria responsabilidade alguma de manter o *de cujus* internado, até porque não é um hospital psiquiátrico e também não possui qualquer ala psiquiátrica para tanto. Não há portanto, qualquer nexo causal que possa ter o liame entre o dever de indenizar por parte do nosocômio e o dano efetivo à familia do *de cujus*.

Assevera que o paciente estava internado desde o dia 25/11/2011 e evadindo-se no dia 27/11/2011, sendo assim, estava em plenas condições físicas e mentais para empreender tal intento, por sua culpa exclusiva. Aduz que a função de vigiar os pacientes, impedindo que estes empreendam fuga, se aplica apenas aos pacientes que estejam correndo perigo de vida e, aos que não estejam no pleno gozo das faculdades mentais, o que não é o caso do paciente Aguinaldo.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar integralmente a sentença.

Os apelados, em suas contrarrazões recursais (fls. 124-130), salientam que a alegação da apelante de que não tinha a obrigação de manter o *de cujus* internado em suas instalações e que, por esse motivo, não há liame de nexo causal para ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, não servem como fundamentos para que seja declarada sua ilegitimidade passiva. Sustentam que é evidente que houve omissão e negligência da apelante, posto que pelo estado físico do *de cujus*, conforme registros constantes dos relatórios médicos juntados aos autos, uma fuga do estabelecimento hospitalar seria um ato impraticável sem a percepção dos funcionários do local.

Pugnam pelo improvimento do recurso, devendo, portanto, ser mantida a sentença de primeiro grau.

Trata-se de ação de indenização por dano moral, movida por Eliane Ferreira Marçal, Eni Ferreira Marçal Filha, Jorgina Mara Ferreira Marçal, Mauro Ferreira Marçal, Mário Ferreira Marçal, Marone Ferreira Marçal, Naura Ferreira Marçal e Nicanor Ferreira Marçal Filho, contra Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS, ao argumento de que são irmãos de Aguinaldo Ferreira Marçal, o qual havia sido internado no hospital, no dia 25/11/2011, para tratamento psiquiátrico.

Relatam que, em virtude da negligência de funcionários da apelante quanto aos cuidados e vigilância que deveriam prestar ao Aguinaldo, o mesmo acabou fugindo do hospital no dia 27/11/2011, conforme Boletim de Ocorrência. Ponderam que, após diversas buscas efetuadas por parentes e autoridades competentes, somente no dia 22/12/2011 foi localizado o corpo de Aguinaldo, em uma chácara de propriedade do Sr. Kalu, cujo cadáver estava irreconhecível devido ao estado em decomposição.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar a apelante a pagar a cada um dos autores uma indenização por danos morais no valor equivalente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da sentença até a do efetivo pagamento.

Ainda, condenou a apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários de advogado em favor do patrono dos autores, fixada esta verba em 10% do valor da condenação ora imposta.

Passo a análise do recurso.

Em relação ao pedido de concessão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, defiro o benefício, por ser uma entidade filantrópica, nos termos do documento de fl. 112.

Da preliminar de ilegitimidade passiva

A apelante alega sua ilegitimidade passiva ao argumento de que não teria responsabilidade alguma de manter o *de cujus* internado, até porque não é um hospital psiquiátrico e também não possui qualquer ala psiquiátrica para tanto. Deste modo, não há qualquer nexo causal que possa ser liame entre o dever de indenizar por parte do nosocômio e o dano efetivo à família do *de cujus*.

Conforme documentos de fls. 50-55, é notória a existência de relação juridica entre as partes, uma vez que o paciente Aguinaldo Ferreira Marçal foi internado no hospital no dia 25/11/2011, sendo assim, estava sob os seus cuidados e a sua vigilância, tendo como dever zelar por sua segurança.

Desta forma, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Associação Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS.

Do mérito

Verifica-se, pelo acervo probatório, que o irmão dos autores deu entrada no hospital no dia 25/11/2011, conforme documentos de fls. 50-55, bem como consta como principais sinais e sintomas clínicos: *"paciente alcoólatra, desidratado, caquético, com tremores por provável abstinência, paciente com efeito de álcool"*.

Desta forma, os médicos e demais funcionários da saúde, possuíam a plena ciência de que o paciente Aguinaldo apresentava um quadro de dependência de álcool. Nesta condição, evidente o dever do hospital de adotar medidas necessárias para assegurar a segurança e medicação durante o tempo de internação.

O que não ocorreu, de acordo com o Boletim de Ocorrência adunado nos autos, há a informação de que o paciente foi encontrado na imediação de onde refazia um cercado pelo Sr. Morgado, na chácara do Sr. Kalu, bem como o cadáver estava irreconhecível devido ao estado avançado de decomposição (fls. 63-64), no dia 22/12/2011.

Conforme elencado na sentença de primeiro grau, embora o hospital tenha agido com negligência ao permitir que o paciente fugisse de suas dependências, não restou comprovado que a referida atitude foi a causa imprescindível para a sua morte. Ou seja, não há como afirmar que Aguinaldo veio a falecer em razão de ato negligente do hospital, bem como, pelo estado de saúde do irmão dos autores, não se sabe até mesmo se o mesmo sobreviveria, ainda que estivesse permanecido internado.

No entanto, o apelante não se encontra isento de responsabilidade, devendo o nosocômio responder apenas pelos danos restritos a sua negligência, a qual impediu a continuidade do tratamento do paciente, e não por sua efetiva morte, razão pela qual presente está o nexo de causalidade, de acordo com o Art. 186, do Código Civil, *in verbis*:

> *"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."*

Improspera a tese recursal de culpa exclusiva da vítima, visto que o paciente Aguinaldo Ferreira Marçal, foi internado sob efeito de álcool, estava desidratado, caquético, com tremores por provável abstinência, de acordo com o laudo para solicitação de autorização de internação hospitalar (fl. 52). Assim, devido ao estado frágil de saúde, não se pode cogitar que o citado paciente tivesse condições de responder por seus atos e, desse modo, fica afastada a alegada excludente de responsabilidade.

Feitas tais considerações, chega-se à conclusão de ser devida a indenização, uma vez que o hospital, agindo com negligência e sem os cuidados que se deve ter quando se presta um serviço voltado ao tratamento de saúde das pessoas, permitiu que o paciente acabasse fugindo, sem que tivesse concluído todo o tratamento possível para o caso.

A esse respeito, é a jurisprudência pátria:

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - FUGA DE PACIENTE INTERNADO EM HOSPITAL MUNICIPAL - TEORIA OBJETIVA - RISCO ADMINISTRATIVO - ART. 37, § 6º, DA CF - PROVA - DEVER DE INDENIZAR. - O Município responde objetivamente pelos danos causados aos administrados, conforme preceito da CF 37, § 6º. Somente deixa de ser responsabilizado se demonstrar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima.* ***-É devida indenização por danos morais quando fica provado que, em decorrência da negligência dos servidores, o paciente, acometido de confusão mental em razão de AVC, foge de Hospital Municipal e é encontrado apenas no dia seguinte em péssimas condições.****"* (TJMG - Apelação Cível 1.0105.05.164743-3/001, Relator (a): Des.(a) Wander Marotta , 7ª Câmara Cível, julgamento em 22/04/2008, publicação da sumula em 08/05/2008) (G.N.)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. FUGA DE PACIENTE. QUADRO DE CONFUSÃO MENTAL. FALECIMENTO. DEVER DE VIGILÂNCIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR. EXTENSÃO DO PREJUÍZO. JUROS DE MORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RELAÇÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO.*
>
> *Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa se a parte intimada a especificar provas permanece inerte, operando-se a preclusão.* ***O Hospital possui dever de vigilância em relação a pacientes internados que apresentem quadro de confusão mental. Vindo o paciente a falecer após fuga do nosocômio, responde este pelos prejuízos advindos de tal fato.*** *A morte de um familiar caracteriza dano moral in re ipsa, pois o sofrimento e a dor pela perda, além de insuperáveis, são absolutamente presumíveis. O valor da indenização mede-se pela extensão do prejuízo. A modificação do termo inicial dos juros de mora se caracteriza como matéria de ordem pública, pelo que pode ser revista ex officio sem que implique reformatio in pejus. Em se tratando de ilícito contratual, os juros de mora devem ser computados a partir da citação."* (TJ-MG - AC: 10327130028217001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 19/05/2015, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/06/2015) (G.N)

Em relação ao assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO OMISSIVO - MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO*
>
> *1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.* ***4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais****. 6. Recurso especial provido."* (REsp 602.102/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 21/02/2005, p. 146) (G.N.).

No tocante ao dano, é notório e inquestionável que a morte de um familiar, no caso, o irmão, acarreta sequelas de índole moral, subjacentes ao sofrimento, à angústia e à sensação de revolta associada à impossibilidade de se fazer alguma coisa para alterar a situação fática.

Ademais, o fato do irmão ter falecido sem receber a integralidade do tratamento de que precisava, especialmente porque acabou fugindo do hospital, também lhes trouxe considerável abalo, devidamente presumível.

Negar a caracterização *in re ipsa* do dano moral em situações nas quais há perda de parte da família por ato culposo de outrem significaria negar a essência do próprio instituto. O sofrimento e a dor pela perda do familiar, além de insuperáveis, são absolutamente presumíveis.

Sendo assim, vejo como configurado o dano moral.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESTOS MORTAIS – EQUIVOCADAMENTE JOGADOS NO LIXO – CONDUTA PRATICADA PELO PREPOSTO DA APELANTE – DANO MORAL POR RICOCHETE – IRMÃS E NETA – COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO – NECESSIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A UMA AUTORA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – REFORMA DE PARTE DA SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A lesão à integridade do cadáver justifica condenação por danos morais por ricochete às irmãs e neta da falecida, quando existente a prova do vínculo afetivo, pois evidente a afronta aos direitos da personalidade.*
>
> *Não merece minoração o quantum indenizatório fixado em atenção ao princípio da razoabilidade."* (Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Sidrolândia; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/03/2016; Data de registro: 31/03/2016).

No tocante ao valor, é notório que a avaliação dessa modalidade de prejuízo, para efeito de indenização, é uma das tarefas mais difíceis impostas, haja vista que inexistem parâmetros e limites certos indicados na legislação em vigor.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão.

Por isso, a doutrina menciona que o dano moral deve ser arbitrado com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Neste sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, baseado em decisão do STJ:

> *"(...) para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa". (in Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira, 4ª. ed. 2001, p. 37).*

No momento da fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de dano moral, deve-se ter em mente o princípio de que não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais.

Assim, deve ser arbitrado uma quantia que seja compatível com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Sobre o tema, é a jurisprudência deste Sodalício:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – REVISÃO CONTRATUAL – COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – CLÁUSULA QUE IMPÕE PENALIDADE APENAS PARA O CONSUMIDOR – ABUSIVIDADE – APLICAÇÃO POR EQUIDADE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – RECURSO ADESIVO – QUANTUM MANTIDO.*
>
> *01. A cláusula contratual que impõe encargo moratório apenas em face do consumidor revela-se abusiva, motivo pelo qual deve ser revista e alterada, na forma do art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.*
>
> *02. É possível a aplicação de multa à construtora por atraso injustificado para a entrega de imóvel de forma analógica, diante da existência de cláusula contratual que prescreve a mesma penalidade ao comprador, com fundamento nos princípios da boa-fé e da equidade, a fim de estabelecer o equilíbrio entre os contratantes.*
>
> *03. O dano moral ficou demonstrado e consiste na frustração dos planos do autor de começar a sua vida conjugal em sua nova casa, o que gerou uma série transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento.*
>
> *04.* ***O quantum compensatório deve ser mantido, pois o valor arbitrado é adequado para promover a compensação do dano causado, sem configurar enriquecimento ilícito, bem como cumpre com seu caráter pedagógico, com o objetivo de punir a ré pela gravidade de sua conduta.***
>
> *Recurso de apelação e recurso adesivo conhecidos e não providos."* (Relator(a): Des. Vilson Bertelli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 06/04/2016) (G.N.)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – MANUTENÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO*
>
> *1. Configura dano moral a manutenção do nome do autor em cadastro de inadimplentes após a quitação total de dívida existente. 2.* ***Não havendo parâmetros para a fixação do dano moral, o quantum deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.*** *3. Os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço. 4. Os juros de mora devem incindir a partir da citação quando a ação tiver por objeto relação contratual, nos termos do artigo 405, do Código Civil."* (Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/04/2016; Data de registro: 06/04/2016) (G.N.).

No caso vertente, tenho que a quantia arbitrada pelo juízo *a quo* (R$ 15.000,00), para cada um dos autores, totalizando o valor de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), não atendeu ao referido parâmetro e não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual deve ser diminuída para o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, totalizando R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

O valor deve ser diminuído, uma vez que o hospital deve ser responsabilizado apenas pelos danos restritos a sua negligência, a qual impediu a continuidade do tratamento do paciente, e não por sua efetiva morte.

Ademais, importante ressaltar que o hospital é uma entidade beneficente de pequeno porte (fls. 106-113), sendo assim, não ostenta condições econômicas para ressarcir os danos morais no patamar estipulado pela sentença.

É o entendimento da jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - INFECÇÃO HOSPITALAR ADQUIRIDA DURANTE O PERÍODO DE INTERNAMENTO. RECURSO DA RÉ - APLICAÇÃO DO CDC E RESPONSABILIDADE OBJETIVA - MATÉRIA PRECLUSA - NÃO CONHECIMENTO - LITISCONSÓRCIO ATIVO - POSSIBILIDADE - LEGITIMIDADE DOS FILHOS E DO ESPOSO DA VÍTIMA PARA PLEITEAR INDENIZAÇÃO - DANO MORAL REFLEXO - ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - ATO ILÍCITO CONFIGURADO - INFECCÇÃO ADQUIRIDA NO HOSPITAL - NECESSIDADE DE NOVAS INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS E INTERNAMENTO NA UTI - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL - ART. 14, DO CDC - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DEVER DE INDENIZAR - DANOS EMERGENTES - COMPROVAÇÃO DE GASTOS - REEMBOLSO DEVIDO - LUCROS CESSANTES - COMPROVAÇÃO - PENSÃO ALIMENTÍCIA MENSAL FIXADA EM VALOR CONDIZENTE COM ESTEIO NO VALOR AUFERIDO PELA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - VERBAS DE NATUREZA DISTINTAS - CONSTITUIÇÃO DO CAPITAL - APLICAÇÃO - PRESTAÇÃO DE CARÁTER CONTÍNUO - **DANOS MORAIS CONFIGURADOS - REDUÇÃO DO QUANTUM - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - ENTIDADE FILANTRÓPICA SEM FINS LUCRATIVOS QUE, MALGRADO AS CAUTELAS ADOTADAS, NÃO CONSEGUIU EVITAR A CONTAMINAÇÃO DA PACIENTE, PRESTANDO SERVIÇO INADEQUADO** - ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA EM RELAÇÃO AOS DANOS MATERIAIS - ACOLHIMENTO - ACRÉSCIMO LEGAL QUE DEVE SE DAR A PARTIR DA CITAÇÃO.RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O VALOR DO DANO MORAL E ESTABELECER QUE OS JUROS DE MORA EM RELAÇÃO AOS DANOS MATERIAIS CORRERÃO A PARTIR DA CITAÇÃO.RECURSO DOS AUTORES - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - POSSIBILIDADE - ANÁLISE DO CASO CONCRETO - APLICAÇÃO DO ART. 20, §§ 3º E 4º DO CPC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA MAJORAR A CONDENAÇÃO POR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 1364732-8 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Gilberto Ferreira - Unânime - - J. 27.08.2015) DECISÃO: ACORDAM os Julgadores integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso de apelação da ré, e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, e, dar parcial provimento ao recurso de apelação dos autores, nos termos do voto do Relator."* (TJ-PR - APL: 13647328 PR 1364732-8 (Acórdão), Relator: Gilberto Ferreira, Data de Julgamento: 27/08/2015, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1654 23/09/2015) (G.N.).

Dispositivo

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela Associação Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, totalizando o valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Por fim, defiro a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à Associação Beneficente Ruralista de Assistência Hospitalar de Aquidauana/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 04 de maio de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800841-86.2015.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – RELAÇÃO CONTRATUAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – COMPROVAÇÃO DO DÉBITO – DÍVIDA CONTRAÍDA PELA GESTÃO MUNICIPAL ANTERIOR – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO PODER PÚBLICO VEDADO – IRREGULARIDADE CONTRATUAL NÃO ISENTA PAGAMENTO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 17 DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

No caso do argumento de que a responsabilidade pelo não pagamento das remunerações demandadas é do antigo gestor municipal, não exime a responsabilidade do Município, até mesmo, por ser a atividade executiva municipal, atribuição do ente, e não do agente gestor, como prevê um dos princípios bases da administração, qual seja, o da impessoalidade.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que eventual irregularidade contratual não isenta o contratante a pagar a empresa por serviços efetivamente prestados, sob pena de locupletamento ilícito.

A litigância de má-fé configura-se quando estiver provado, de maneira inequívoca, que o litigante adotou, dolosamente, alguma das condutas previstas no art. 17 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, negar provimento ao recurso e, em sede de remessa necessário, mantiver a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de maio de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Município de Chapadão do Sul interpõe recurso de apelação e o juiz da 1º Vara Cível da Comarca de Chapadão do Sul submete ao reexame necessário a sentença (fls. 208-210) proferida nos autos de ação de cobrança, movida por Printcom Sistema de Impressão Ltda, que julgou procedente a pretensão inicial e condenou o apelante ao pagamento da prestação contratada.

Condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

O apelante, em suas razões recursais (fls. 219-223), alega, em síntese, que o não pagamento da obrigação se deu em razão de a administração anterior haver promovido a anulação do empenho referente à obrigação cobrada sem qualquer justificativa, de modo que caracterizou o não reconhecimento da dívida pelo antigo gestor municipal, sendo impossível o pagamento pleiteado pela administração atual.

Assevera que a administração pública não pode pagar valores de empenhos cancelados, e por via de consequência, que não constam no orçamento da Municipalidade.

Salienta que não se pode negar a existência do serviço prestado, e o inarredável dever de pagar, no entanto tal situação esbarra na impossibilidade de pagamento frente ao cancelamento do empenho pelo gestor administrativo anterior.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença de primeiro grau.

O apelado, em suas contrarrazões recursais (fls. 258-259), sustenta que resta provada e confessada a prestação dos serviços e os valores devidos, deste modo, pugna pelo improvimento do recurso, aplicando-se multa em razão da evidente litigância de má-fé.

VOTO

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

Município de Chapadão do Sul interpõe recurso de apelação e o juiz da 1º Vara Cível da Comarca de Chapadão do Sul submete ao reexame necessário a sentença (fls. 208-210), nos autos de ação de cobrança, movida por Printcom Sistema de Impressão Ltda, que julgou procedente a pretensão inicial e condenou o apelante ao pagamento nos termos iniciais.

Condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais)

O apelante, em suas razões recursais (fls. 219-223), alega, em síntese, que o não pagamento da obrigação se deu em razão de que a administração anterior promoveu a anulação do empenho referente à obrigação cobrada sem qualquer justificativa, de modo que caracterizou o não reconhecimento da dívida pelo antigo gestor municipal, sendo impossível o pagamento pleiteado pela administração atual.

Assevera que a administração pública não pode pagar valores de empenhos cancelados, e por via de consequência, que não constam no orçamento da Municipalidade. Salienta que não se pode negar a existência do serviço prestado, e o inarredável dever de pagar, no entanto tal situação esbarra na impossibilidade de pagamento frente ao cancelamento do empenho pelo gestor administrativo anterior.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença de primeiro grau.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 258-259), sustenta que resta provada e confessada a prestação dos serviços e os valores devidos, deste modo, pugna pelo improvimento do recurso, aplicando-se multa em razão da evidente litigância de má-fé.

Trata-se de ação de cobrança, movida Printcom Sistema de Impressão Ltda, contra o Município de Chapadão do Sul, ao argumento de que é uma sociedade empresária que atua no ramo de locação e manutenção de impressoras. Aduz que, em momentos distintos, firmou dois contratos com a apelante, sendo eles a Contratação Pública nº 003/08 e a Contratação Pública 208/10.

O primeiro contrato tinha por objeto a prestação de serviços de suporte técnico e manutenção preventiva e corretiva para 10 (dez) máquinas de xerox, com reposição e abastecimento de toner para até 100.000 (cem mil) cópias. O segundo contrato tinha por objeto a locação de 26 (vinte e seis) impressoras e prestação de serviços de suporte técnico e manutenção preventiva e corretiva, bem como a reposição de peças e toner das impressoras locadas, que foram instaladas nas Secretarias do Município.

Afirma que no início da relação contratual os serviços vinham sendo prestados e pagos com regularidade, até que, ao final dos contratos, no período compreendido entre setembro de 2012 e janeiro de 2013, o apelante deixou de pagar pelos serviços prestados.

A sentença de primeiro grau julgou procedente a pretensão inicial, condenando o apelante ao pagamento nos termos da inicial, *in verbis*:

> *"Seja a Ré condenada a pagar à Autora o valor de R$ 60.293,00 (sessenta mil duzentos e noventa e três reais), com incidência de juros e correção monetária a partir do vencimento de cada nota fiscal." (TJ/MS fl. 08).*

Ainda, condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes, arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Passo a análise do recurso.

Após uma análise acurada dos autos, observo que o Município não refutou a prestação de serviços pelo autor e não acostou, também, documentação comprovando a quitação dos valores requeridos.

Por via de consequência, o apelante não negou o direito da apelada ao recebimento das verbas pleiteadas, limitando-se apenas a sustentar que a atual administração municipal não poderia arcar com o pagamento da importância solicitada, por se tratar de dívida oriunda da gestão anterior, conforme as suas razões recursais:

> *"Ocorre que o não pagamento da obrigação se deu em razão de que a administração anterior promoveu a anulação do empenho referente a obrigação cobrada sem qualquer justificativa.*
>
> *Isto posto, a anulação dos empenhos de exercícios anteriores, caracterizou o não reconhecimento da dívida pela antigo gestor municipal, que é ato formal e materialmente válido, e com estrita observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, apresentando o condão de desnaturar a certeza e liquidez do título vertente, sendo impossível o pagamento pleiteado pela administração atual.*
>
> *Frente a tal cenário, não pode a Administração Pública pagar valores de empenhos cancelados, e por via de consequência, que não constam no orçamento da Municipalidade.*
>
> ***Não se pode negar a existência do serviço prestado, e o inarredável dever de pagar, no entanto tal situação esbarra na impossibilidade de do pagamento frente ao cancelamento do empenho pelo gestor administrativo anterior.***
>
> *(...)*
>
> *Assim sendo,* ***a atual administração não pode ser penalizada pelas irregularidades ocorridas no passado****, pois os empenhos da empresa Printcom Sistema de Impressão Ltda foram cancelados pelo Ex-Prefeito Municipal, ao término de seu mandato, o que inviabilizou a quitação dos débitos supostamente existentes, pela atual administração, uma vez que as dividas foram contraídas em 2012 e deixadas para o atual gestor municipal sem a devida disponibilidade financeira, e repito, com o cancelamento de empenhos, infringindo assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal e comprometendo o regular andamento da administração."* (TJ/MS fls. 221-222) (G.N.).

O argumento de que a responsabilidade pelo não pagamento das remunerações demandadas é do antigo gestor municipal, não exime a responsabilidade do Município, até mesmo, por ser a atividade executiva municipal, atribuição do ente, e não do agente gestor, como prevê um dos princípios bases da administração, qual seja, o da impessoalidade.

Merece destaque as jurisprudências dos Tribunais pátrios, que bem se adéquam á hipótese dos autos, *in verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS SALARIAIS. AUSÊNCIA DE NOTA DE EMPENHO. COMPROVAÇÃO DO DÉBITO. OBRIGAÇÃO CONTRAÍDA EM GESTÃO ANTERIOR. DÍVIDA DO ENTE PÚBLICO. I – A ausência de nota de empenho não compromete o pagamento de dívida contraída pelo ente público quando a inicial vier acompanhada de documento que a comprove e demonstrada a execução do serviço. II – A obrigação contraída pelo Município na vigência de administração anterior constitui débito da pessoa jurídica de direito público, o que não afasta a possibilidade de responsabilização de ex-gestor que tenha infringido norma contida na Lei de Responsabilidade Fiscal. III – Recurso não provido."* (TJ-MA – AC 19467/2007 – (70325) – Santa Luzia – 2 ª – Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior – J. 07.01.2007.)
>
> *"ADMINISTRATIVO/PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDOR MUNICIPAL OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO - PRETENDIDO PAGAMENTO DE PARCELAS REMUNERATÓRIAS - DÉBITO IMPUTADO À ANTERIOR ADMINISTRAÇÃO - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE HONRAR O PAGAMENTO - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Deve a Administração Pública honrar o pagamento relativo a serviços que usufruiu, sob pena de enriquecimento ilícito, não sendo óbice à procedência da cobrança o fato de ter o servidor ocupado cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, tampouco o de o débito ter-se originado em gestão de alcaide anterior. 2. Recurso desprovido."* (TJ-MG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0079.97.000105-7/001, Relator Des. Pedro Henriques, acórdão de 13.11.2003, publicação de 20.04.2004.) (G.N.)
>
> *"REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA DÍVIDA EM SI. DÍVIDA CONTRAÍDA PELA GESTÃO MUNICIPAL ANTERIOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO PODER PÚBLICO VEDADO. DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. ART. 7º, X, DA CF. SENTENÇA MANTIDA, EM REEXAME NECESSÁRIO. O que caracteriza a Administração Pública é o princípio da continuidade, de sorte que constitui dever do ente público honrar os compromissos de gestões municipais anteriores, notadamente aqueles decorrentes de vínculos laborais, a fim de não resultar enriquecimento ilícito.* ***A Lei de Responsabilidade Fiscal não pode servir de justificativa para o Poder Público se esquivar do pagamento de verbas para aqueles que trabalharam para o Município.*** *O direito ao recebimento da contraprestação pelo respectivo trabalho realizado é garantido constitucionalmente pelo art. 7º, X, da Constituição Federal. Sentença mantida, em sede de Reexame Necessário."* (TJ-BA - REEX: 00026792020058050248 BA 0002679-20.2005.8.05.0248, Relator: Gesivaldo Nascimento Britto, Data de Julgamento: 21/01/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 13/02/2014) (G.N.)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA. EMISSÃO DE NOTAS DE EMPENHO E NOTAS FISCAIS. RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE AS PARTES EVIDENCIADA. DEVER DA MUNICIPALIDADE EM PAGAR O DÉBITO EXISTENTE, DECORRENTE DA RELAÇÃO NEGOCIAL, DEVIDAMENTE COMPROVADA. IRRELEVÂNCIA QUANTO A OCORRÊNCIA DE A DÍVIDA TER SIDO CONTRAÍDA NA ADMINISTRAÇÃO ANTERIOR. ALEGAÇÃO DE*

> *"RESTOS A PAGAR". AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Por meio da notificação para que a apelante efetuasse a entrega do produto objeto da licitação, bem como pelas notas fiscais e pela emissão de notas de empenho, restou comprovada a relação de direito material existente entre as partes.* ***O fato da dívida existente ter sido contraída na Administração, não impede que o particular venha rebê-la da Administração atual****, sendo que primeiramente deve saldar os créditos vencidos há mais tempo, ainda mais quando o credor já tenha cumprido sua obrigação contratual, sob pena de enriquecimento ilícito."* (TJ-PR - APCVREEX: 5120474 PR 0512047-4, Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 30/09/2008, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7723.) (G.N.)

Ademais, a alegação de anulação dos empenhos de exercícios anteriores e aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal não merece guarida, tendo em vista que não se presta para que o Município se abstenha de efetuar o pagamento devido.

Assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que eventual irregularidade contratual não isenta o contratante a pagar a empresa por serviços efetivamente prestados, sob pena de locupletamento ilícito.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇAO DE SERVIÇOS. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NAO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO.*
>
> *1. Apesar do TCU ter proferido decisão mandando anular o contrato, houve uma segunda decisão da mesma Corte de contas anulando esta primeira, em razão do descumprimento do princípio do devido processo legal, 2. A alegação do recorrente de que a decisão do TCU anulou o contrato por ilegalidade, e portanto, descaberia pagamento ao recorrido pelos serviços irregularmente prestados não merece prosperar pois esta decisão foi revista pela própria Corte de contas. 3. Se o Poder Público continuou recebendo a prestação de serviços pelo recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). 4. Recurso especial a que se nega provimento".* (REsp 1155273/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 15.10.2010)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇAO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇAO. OBRIGAÇAO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇAO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇAO ACERCA DA EVENTUAL MÁ-FÉ DA EMPRESA CONTRATADA.*
>
> *1. A jurisprudência pacífica no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte é no sentido de, in verbis:" [...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade."* (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.

> *2. No caso sub examinem, a municipalidade agravante sustenta que o Tribunal de origem assentou ter sido a contratação da empresa agravada viciada com má-fé. Todavia, a leitura atenta do acórdão a quo, precisamente de fl. 449, evidencia que oTribunal de Justiça paulista reputou viciada de má-fé a própria contratação direta, ao argumento da ausência dos requisitos autorizadores para tanto, sem, no entanto, ter explicitado qual ato praticado pela contratada teria a propriedade de contaminar aavença.*
>
> *3. Deveras, a exegese da jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples contratação direta não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado; ao revés, deve ser comprovado o ato que induziu a Administração a erro e propiciou a contratação direta viciada. E, embora o acórdão a quo assevere a ocorrência de ato de má-fé antes da própria contratação, não consta desse julgado nehuma indicação da prática objetiva de ato por parte da contratada nesse sentido.*
>
> *4. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação direta, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.*
>
> *5. Agravo regimental não provido".* (AgRg no REsp 1140386/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 9.8.2010).

Logo, tendo em vista que o ordenamento jurídico repele o enriquecimento ilícito da Administração Pública, deve a decisão vergastada ser mantida na sua integralidade.

A litigância de má-fé só se configura quando estiver provado nos autos, de maneira inequívoca, que o litigante adotou, dolosamente, alguma das condutas previstas no Art. 17 do Código de Processo Civil. Os elementos constantes nos autos não comprovam a ocorrência de alguma das hipóteses dispostas no artigo supramencionado, porque a defesa adotada pelo apelante, muito embora apresente fragilidade teórica para justificar o não pagamento da obrigação não implica, por si só, violação dos princípios de lealdade e boa-fé processuais.

Deste modo, é incabível a condenação do Município em multa por litigância de má-fé.

Dispositivo

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo município de Chapadão do Sul, bem como ao reexame necessário, a fim de mater a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e, em sede de remessa necessário, mantiveram a sentença, nos termos do voto do relator.

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

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, 04 de maio de 2016.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1415391-78.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

MANDADO DE SEGURANÇA – IMPLANTAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL EM FOLHA DE PAGAMENTO, POR FORÇA DE ORDEM ORIUNDA DE MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIOR – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – REJEIÇÃO – SUPOSTA REDUÇÃO DOS SUBSÍDIOS PELO FATO DE QUE NÃO HOUVE CUMULAÇÃO DO VALOR DA REFERIDA INCORPORAÇÃO COM O VALOR DA FUNÇÃO GRATIFICADA EXERCIDA ATUALMENTE – ILEGALIDADE DA CUMULAÇÃO – ART. 132, §§ 1º e 2º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 114, DE 19.12.2005, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 135, DE 15.5.2009 – INEXISTÊNCIA DE REDUÇÃO SALARIAL – DENEGAÇÃO DO *WRIT*.

Sendo o mandado de segurança medida autônoma autoexecutável, que independe de execução ou cumprimento de sentença, inviável é que em *mandamus* já exaurido com o cumprimento da ordem nele estabelecida seja discutida questão nova, ainda que tenha relação indireta com a decisão transitada em julgado já cumprida, passível de discussão em novo processo.

Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público (policial civil), a exemplo da incorporação de função gratificada, não são computáveis nem acumuláveis com vencimentos oriundos de função gratificada de valor maior, que o servidor passou a exercer em data posterior à incorporação do benefício. Nesse caso, a legislação em vigor, ao amparo da Constituição Federal (art. 37, XIV, da CF, com a redação dada pela EC n. 19/98), determina que o servidor deva receber apenas a diferença entre o valor incorporado e a nova função gratificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 4 de abril de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Ivan Barreira, qualificado nos autos (Delegado de Polícia Classe Especial), impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado Mato Grosso do Sul, consistente na implantação, em folha de pagamento do impetrante, do direito reconhecido no Mandado de Segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, referente à incorporação de gratificação da função de titularidade de 20% sobre o subsídio, sob a alegação de que dita incorporação

foi realizada inadequadamente, implicando na redução do vencimento base do impetrante, em ofensa ao seu direito líquido e certo.

Adiciona que, ao cumprir a decisão judicial, o Estado, com fulcro no art. 80, § 1º, da Lei n. 4.640/2014, de forma equivocada, entendendo que o recebimento de incorporação não pode cumular com a função gratificada exercida atualmente pelo impetrante, de caráter transitório (Coordenador função DAPC-4), desconsiderou a natureza indenizatória da referida gratificação, suprimindo vantagem que lhe é assegurada pelo exercício de suas funções precípuas, o que resultou na violação do princípio da irredutibilidade substancial do salário.

Informa que as funções que exerce atualmente são distintas das que geraram a incorporação de função reconhecida pelo Tribunal de Justiça, de modo que o ato impetrado deformou a decisão transitada em julgado do mandado de segurança, tornando-a ineficaz.

Insiste que o ato coator reside na arbitrária redução da remuneração do impetrante, Delegado de Polícia Classe Especial, em consequência da incorporação determinada por ordem judicial, que foi incluída no subsídio, em que o Estado, a pretexto de evitar a superação do teto, indevidamente a "somou" (*sic*) com o valor atual da função gratificada de Coordenador.

Esclarece que o subsídio e o teto remuneratório não se confundem, os quais possuem previsão constitucional diversa (art. 39, § 4º, c/c art. 135 e 37, XI, CF, respectivamente), com reflexos distintos, de modo que a remuneração por subsídio absorve em parcela única a composição intrínseca ao exercício das atribuições do cargo em si, ou seja, os vencimentos nada mais são do que a contraprestação paga ao servidor por seu labor despendido, sendo vedado que no cálculo da gratificação incorporada seja considerada outra verba por ele auferida com o propósito de limitá-la ao teto.

Acrescenta que as verbas de caráter indenizatório não se incorporam ao salário (art. 49, § 1º, da Lei n. 8.112/90), razão pela qual não se fala em somatório para fins de teto das verbas gratificadas e incorporadas e as do cargo atual, uma vez que a gratificação não se confunde com os vencimentos de seu cargo e funções elencadas no art. 239 da Lei Orgânica da Polícia Civil.

Assevera que a gratificação de Delegado Titular existe para cobrir condições anormais da realização do serviço, incorporando-se ao patrimônio quando preenchidos os requisitos, isto é, as verbas *pro-labore facto* se diferenciam das verbas *proptem personam,* de modo que o impetrante não pode ser prejudicado e tolhido no seu direito à verba que é própria do exercício do cargo simplesmente porque obteve vitória judicial que lhe assegurou a incorporação de função diversa.

Afirma que as vantagens pecuniárias requeridas não incidem em "cascata" (cumulativamente, umas sobre as outras), dado que o cargo que exerce é inerente ao Delegado de Classe Especial (obrigado por Lei), sendo vedada qualquer redução por somar-se a outras verbas.

Enfatiza que, não tendo relação funcional, a verba da gratificação incorporada e a do cargo atual são distintas, não se excluindo entre si, de modo que sujeitar o impetrante à escolha de uma ou outra vantagem, impondo-lhe a de valor menor e reduzindo-lhe o salário, é inconstitucional.

Afirma estar presentes os requisitos para a concessão da liminar, por se tratar de verba de natureza alimentar, necessária à sua subsistência, devendo ser suspensos os prejuízos que vem sofrendo.

Requer o deferimento de liminar para sustar a redução salarial, determinando seja restabelecido o pagamento da função de gratificação de carreira da parcela remuneratória de maior valor (Coordenador – Função DAPC-4, de R$ 4.208,31), sem prejuízo do recebimento da parcela incorporada por ordem judicial.

Requer, ao final, o deferimento da ordem em definitivo, confirmando-se a liminar para restabelecer o pagamento do montante correspondente à função de Coordenador, DAPC-4, cujo valor é de R$ 4.208,31, verba distinta da obtida no Mandado de Segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000.

Juntou os documentos de fls. 9 a 102 e deu à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

O pedido de liminar foi indeferido, não tendo havido interposição de recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações, arguindo, em preliminar, inadequação da medida por falta de interesse processual, sob o argumento de que o presente pedido deveria ser abordado no cumprimento da sentença do mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, no qual foi concedida a incorporação de gratificação.

Quanto ao mérito, o impetrado, a pretexto de ausência de direito líquido e certo, pugnou pela denegação da ordem, sob o argumento de que é impossível acumular o pagamento da vantagem incorporada com o valor integral da retribuição de novo cargo em comissão/função gratificada.

A Procuradoria da Justiça opina pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita, aconselhando a denegação da segurança.

VOTO (EM 07/03/2016)

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

Ivan Barreira, qualificado nos autos (Delegado de Polícia Civil Classe Especial), impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado Mato Grosso do Sul, consistente na implantação, em folha de pagamento do impetrante, do direito reconhecido no mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, referente à incorporação de gratificação da função de titularidade de 20% sobre o subsídio, sob a alegação de que dita incorporação foi realizada inadequadamente, implicando na redução do vencimento base do impetrante, em ofensa ao seu direito líquido e certo.

Adiciona que, ao cumprir a decisão judicial, o Estado, com fulcro no art. 80, § 1º, da Lei n. 4.640/2014, de forma equivocada, entendendo que o recebimento de incorporação não pode cumular com a função gratificada exercida atualmente pelo impetrante, de caráter transitório (Coordenador função DAPC-4), desconsiderou a natureza indenizatória da referida gratificação, suprimindo vantagem que lhe é assegurada pelo exercício de suas funções precípuas, o que resultou na violação do princípio da irredutibilidade substancial do salário.

Informa que as funções que exerce atualmente são distintas das que geraram a incorporação de função reconhecida pelo Tribunal de Justiça, de modo que o ato impetrado deformou a decisão transitada em julgado do mandado de segurança, tornando-a ineficaz.

Insiste que o ato coator reside na arbitrária redução da remuneração do impetrante, Delegado de Polícia Classe Especial, em consequência da incorporação determinada por ordem judicial, que foi incluída no subsídio, em que o Estado, a pretexto de evitar a superação do teto, indevidamente a "*somou*" (*sic*) com o valor atual da função gratificada de Coordenador.

Esclarece que o subsídio e o teto remuneratório não se confundem, os quais possuem previsão constitucional diversa (art. 39, § 4º, c/c art. 135 e 37, XI, CF, respectivamente), com reflexos distintos, de modo que a remuneração por subsídio absorve em parcela única a composição intrínseca ao exercício das atribuições do cargo em si, ou seja, os vencimentos nada mais são do que a contraprestação paga ao servidor por seu labor despendido, sendo vedado que no cálculo da gratificação incorporada seja considerada outra verba por ele auferida com o propósito de limitá-la ao teto.

Acrescenta que as verbas de caráter indenizatório não se incorporam ao salário (art. 49, § 1º, da Lei n. 8.112/90), razão pela qual não se fala em somatório para fins de teto das verbas gratificadas e incorporadas e as do cargo atual, uma vez que a gratificação não se confunde com os vencimentos de seu cargo e funções elencadas no art. 239 da Lei Orgânica da Polícia Civil.

Assevera que a gratificação de Delegado Titular existe para cobrir condições anormais da realização do serviço, incorporando-se ao patrimônio quando preenchidos os requisitos, isto é, as verbas *pro-labore facto* se diferenciam das verbas *proptem personam,* de modo que o impetrante não pode ser prejudicado e tolhido no seu direito à verba que é própria do exercício do cargo simplesmente porque obteve vitória judicial que lhe assegurou a incorporação de função diversa.

Afirma que as vantagens pecuniárias requeridas não incidem em "cascata" (cumulativamente, umas sobre as outras), dado que o cargo que exerce é inerente ao Delegado de Classe Especial (obrigado por Lei), sendo vedada qualquer redução por somar-se a outras verbas.

Enfatiza que, não tendo relação funcional, a verba da gratificação incorporada e a do cargo atual são distintas, não se excluindo entre si, de modo que sujeitar o impetrante à escolha de uma ou outra vantagem, impondo-lhe a de valor menor e reduzindo-lhe o salário, é inconstitucional.

Afirma estar presentes os requisitos para a concessão da liminar, por se tratar de verba de natureza alimentar, necessária à sua subsistência, devendo ser suspensos os prejuízos que vem sofrendo.

Requer o deferimento de liminar para sustar a redução salarial, determinando seja restabelecido o pagamento da função de gratificação de carreira da parcela remuneratória de maior valor (Coordenador – Função DAPC-4, de R$ 4.208,31), sem prejuízo do recebimento da parcela incorporada por ordem judicial.

Requer, ao final, o deferimento da ordem em definitivo, confirmando-se a liminar para restabelecer o pagamento do montante correspondente à função de Coordenador, DAPC-4, cujo valor é de R$ 4.208,31, verba distinta da obtida no Mandado de Segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000.

Juntou os documentos de fls. 9 a 102 e deu à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

O pedido de liminar foi indeferido, não tendo havido interposição de recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações, arguindo, em preliminar, inadequação da medida por falta de interesse processual, sob o argumento de que o presente pedido deveria ser abordado no cumprimento da sentença do Mandado de Segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, no qual foi concedida a incorporação de gratificação.

Quanto ao mérito, o impetrado, a pretexto de ausência de direito líquido e certo, pugnou pela denegação da ordem, sob o argumento de que é impossível acumular o pagamento da vantagem incorporada com o valor integral da retribuição de novo cargo em comissão/função gratificada.

A Procuradoria da Justiça opina pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita, aconselhando a denegação da segurança.

Preliminar de inadequação da via eleita

Não vinga a preliminar de inadequação da via eleita, sustentada na tese de que o pedido objeto do presente mandado de segurança deveria ser feito no cumprimento de sentença do mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000.

É cediço que o mandado de segurança constitui medida autônoma autoexecutável, que independe de execução. Na espécie, o impetrado implementou em folha de pagamento a incorporação de gratificação, nos moldes do acórdão do mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, mas o autor entende que o valor incorporado deveria ser cumulado com o valor da função gratificada que exerce atualmente.

Ora, o mandado de segurança anterior não contemplou, na causa de pedir, a cumulação pretendida, estando exaurido pela implementação em folha de pagamento conforme estabelecido no *decisum* transitado em julgado.

Assim, se o impetrante pretende questionar eventual redução do valor da função gratificada exercida atualmente, almejando cumulá-la com o valor da gratificação incorporada (superveniência de novo pedido), argumentos estranhos àqueles contemplados no acórdão, tem interesse processual de discutir a matéria em outra medida judicial.

Posto isso, afasto a preliminar de inadequação da via eleita.

Mérito

Consta dos autos que, no ano de 2009, o Sr. Ivan Barreira, Delegado de Polícia da Classe Especial, impetrou o Mandado de Segurança n. 2009.021016-5/0000-00, requerendo a incorporação da função gratificada de Delegado Titular de Delegacia de Polícia.

Ao final, a segurança foi concedida, deferindo-se a incorporação da função de gratificação no percentual de 20% (vinte por cento) calculados sobre o subsídio de 2006 (R$ 10.808,27), que resultou em R$ 2.161,65, os quais, corrigidos nos termos da Lei n. 11.960, de 29.6.2009, totalizou, em julho de 2015 (data da incorporação), na quantia de R$ 3.343,84.

Nesse ínterim, o impetrante passou a exercer função gratificada transitória de Coordenador, símbolo DAPC-4, no valor de R$ 4.208,31 (quatro mil, duzentos e oito reais e trinta e um centavos), valor esse que perdurou até o mês de junho de 2015 (holerite de pág. 27).

Conforme holerite de pág. 28 e ficha financeira de pág. 33, os créditos salariais do servidor totalizam, atualmente, o valor bruto de R$ 39.173,86 e líquido, o valor de R$ 24.575,00.

Pelos referidos documentos (holerite de pág. 28 e ficha financeira de pág. 33), observa-se que houve a implementação, na folha de pagamento do impetrante, dos R$ 3.343,84 (três mil, trezentos e quarenta e três reais e oitenta e quatro centavos), referentes à incorporação, mas, em contrapartida, o servidor passou a receber, a partir de julho/2015 (data da implementação da incorporação) apenas R$ 864,47, diferença entre o valor da função gratificada de Coordenador (R$ 4.208,31) e o valor da função incorporada (R$ 3.343,84). Ou seja, como o valor da gratificação atual é maior que o valor do valor incorporado, o Estado passou a pagar apenas a diferença entre um valor e outro.

Inconformado com os cálculos da administração, o servidor impetrou o presente mandado de segurança, alegando, em resumo, que teria havido redução salarial no momento da implementação em folha de pagamento, e que teria o direito de continuar recebendo o valor integral da nova função gratificada, ou seja, que deveria receber o valor incorporado cumulado com o da nova função gratificada.

Nas informações, o Estado de Mato Grosso do Sul sustenta que a implementação em folha estaria correta, visto que a legislação não permite acumular o pagamento da vantagem incorporada com o valor integral da retribuição do novo cargo em comissão/função gratificada.

Procede a defesa do impetrado.

Com efeito, a incorporação foi implementada corretamente, ao abrigo do ordenamento jurídico em vigor.

Inicialmente, é de se registrar que o inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 19, de 1998, assim disciplinou a matéria:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores; (...)".*

Não se olvide, como assentado nas informações do impetrado, que o § 1º do art. 77 da Lei n. 1.102/90, dispositivo que garantiu a incorporação ao impetrante, antes mesmo de ser revogado, já dispunha:

> *"O funcionário que, após a incorporação, vier a fazer novamente jus a vencimento da mesma espécie, perceberá apenas a diferença entre a incorporação e esta, se maior."*

A norma regulamentadora do dispositivo revogado (Decreto n. 7.883, de 2.8.1994), foi bastante incisiva a respeito:

> *"Art. 1º - O valor da incorporação devida a servidor ocupante de cargo efetivo que, durante 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos alternados, tenha exercido cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia, assessoramento superior ou intermediário ou de assistência direta e imediata, será concedida, conforme cada situação, observado os seguintes critérios:*
>
> *(...)*
>
> *VII - o servidor que tenha parcela incorporada ao vencimento, quando nomeado ou designado para ocupar novo cargo em comissão ou função de confiança, receberá, além da parcela incorporada, importância equivalente à diferença entre esse valor e o da remuneração do cargo ou função ocupado, se esta última for superior ao valor da incorporação; (...)."*

Posteriormente, com o advento da Lei Orgânica da Polícia Civil (Lei Complementar n. 114, de 19.12.2005, modificada pela Lei Complementar n. 135, de 15.5.2009), o legislador estatuiu, expressamente:

> *"Art. 132. Além do subsídio, das indenizações previstas nesta Lei Complementar, de auxílios pecuniários previstos em lei, da gratificação natalina e o abono de férias, é vedado o pagamento a membro de carreiras da Polícia Civil de qualquer parcela de natureza salarial, exceto a decorrente de incorporação de gratificação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança.*
>
> *§ 1º É vedada a acumulação de incorporação pelo exercício de titularidade de delegacia com a indenização pelo exercício de função de confiança sob o mesmo título.*

> *§ 2º No caso de acumulação proibida, se a indenização prevista no art. 130 for superior à incorporação, será devida verba complementar até o limite daquela." (NR) (§ incluídos pela Lei Complementar 135 de 15/05/09)."*

Não bastasse isso, o art. 80, º 1º, da Lei n. 4.640/2014, consolida este entendimento, ao dispor que as vantagens pessoais vinculadas originalmente à incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança não são consideradas vantagens permanentes:

> *"Art. 80. O servidor que tenha vínculo laboral com órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Federal ou Municipal nomeado para exercer cargo em comissão, classificado em um dos símbolos constantes do Anexo desta Lei poderá optar pela percepção do vencimento, a representação do cargo em comissão ou pela respectiva gratificação de representação acrescida do vencimento, do subsídio ou do salário base do cargo ou emprego, e respectivas vantagens permanentes.*
>
> *§ 1º São excluídas das vantagens permanentes, para fins do disposto neste artigo, as parcelas de vantagens pessoais vinculadas originalmente à incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, assim como as resultantes dos saldos de incorporação do adicional de produtividade, na forma do art. 3º da Lei nº 2.129, de 4 de agosto de 2000, e os abonos e antecipações salariais concedidos anteriormente à vigência desta Lei e vinculados ao exercício de cargo em comissão ou de função de confiança."*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoa desse entendimento, *verbis*:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. QUINTOS INCORPORADOS E TRANSFORMADOS EM VPNI. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO COMISSIONADA INTEGRAL. VEDAÇÃO.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é vedada a percepção das parcelas incorporadas correspondentes à Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI em cumulação com a retribuição integral pelo exercício de função comissionada.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no Recurso de MS n. 30.654/SP. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma do STJ. Julg. 19.6.2012).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. VPNI. CUMULAÇÃO COM FUNÇÃO COMISSIONADA INTEGRAL. LEIS N.º 9.421/96 E 9.527/97. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. O servidor público, ocupante de cargo em comissão, optante pelo recebimento da remuneração do cargo efetivo, incluídas as parcelas denominadas Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas - VPNI, não pode perceber o percentual de 100% da função comissionada cumulada com a remuneração do cargo efetivo.*
>
> *2. O objetivo do legislador, com a edição da Lei n. 9.421/96, era o de vedar o recebimento simultâneo do valor referente ao atual exercício de função comissionada com parcela incorporada por ulterior exercício de função comissionada. Este entendimento foi mantido com a superveniência da Lei n.9.527/97, não sendo possível a percepção da VPNI acumulada com a retribuição integral da função comissionada exercida.*
>
> *3. Destarte, o art. 15, § 2º, da Lei n.º 9.421/96, não restou tacitamente revogado pela Lei n.º 9.527/97, que extinguiu a incorporação dos denominados "quintos" e transformou as parcelas incorporadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI.*

> *4. Precedentes:* REsp 437.493/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 11/11/2008; REsp 639.224/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 19/3/2007; AgRg no Ag 585.112/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 18/4/2005; AgRg no Ag 598.865/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/3/2005. 5. Agravo regimental desprovido." (STJ – AgRg no REsp: 1.203.927/RS. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julg. em 9.11.2010).

Por tudo que se viu, em especial a legislação vigente, que, ao amparo do texto constitucional, veda a acumulação de vencimentos de incorporação com vencimentos da nova função gratificada, irrelevantes são as afirmações do impetrante, tais como a suposta distinção entre as verbas *proptem personam* e *pro labore facto* e previsão constitucional diversa a respeito do teto remuneratório, cuja exegese deve ser feita de modo sistemático e não isoladamente.

De todo modo, os vencimentos percebidos pelo Policial são da mesma espécie, ou seja, constituem verbas oriundas de função gratificada, ainda que os cargos tenham nomes diferentes, para os efeitos legais.

Observe-se, por derradeiro, que no holerite de julho de 2015 (pág. 28), data da implantação da incorporação, os vencimentos brutos do impetrante foram superiores aos vencimentos do mês imediatamente anterior (junho/2015), antes da referida implantação (pág. 27), o que deita por terra a assertiva de que houve redução inconstitucional de subsídio.

Dispositivo

À luz dessas considerações, especialmente porque a legislação não admite a cumulação do valor incorporado com o valor da nova função gratificada, denego a segurança.

Pedido de vista pelo membro. Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º vogal, após, por unanimidade, rejeitarem a preliminar e, no mérito, o relator denegar a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 05/04/2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Ivan Barreira, qualificado nos autos (Delegado de Polícia Classe Especial), impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado Mato Grosso do Sul, consistente na implantação, em folha de pagamento do impetrante, do direito reconhecido no mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000, referente à incorporação de gratificação da função de titularidade de 20% sobre o subsídio, sob a alegação de que dita incorporação foi realizada inadequadamente, implicando na redução do vencimento base do impetrante, em ofensa ao seu direito líquido e certo.

O impetrante alega, em suma, que (i) ao cumprir a decisão judicial, o Estado, com fulcro no art. 80, § 1º, da Lei n. 4.640/2014, de forma equivocada, entendendo que o recebimento de incorporação não pode cumular com a função gratificada exercida atualmente pelo impetrante, de caráter transitório (Coordenador função DAPC-4), desconsiderou a natureza indenizatória da referida gratificação, suprimindo vantagem que lhe é assegurada pelo exercício de suas funções precípuas, o que resultou na violação do princípio da irredutibilidade substancial do salário; (ii) as funções que exerce atualmente são distintas das que geraram a incorporação de função reconhecida pelo Tribunal de Justiça, de modo que o ato impetrado deformou a decisão transitada em julgado do mandado de segurança, tornando-a ineficaz; (iii) o ato coator reside na

arbitrária redução da remuneração do impetrante, Delegado de Polícia Classe Especial, em consequência da incorporação determinada por ordem judicial, que foi incluída no subsídio, em que o Estado, pretexto de evitar a superação do teto, indevidamente a somou (sic) com o valor atual da função gratificada de Coordenador; (iv) o subsídio e o teto remuneratório não se confundem, os quais possuem previsão constitucional diversa (art. 39, § 4º, c/c art. 135 e 37, XI, CF, respectivamente), com reflexos distintos, de modo que a remuneração por subsídio absorve em parcela única a composição intrínseca ao exercício das atribuições do cargo em si, ou seja, os vencimentos nada mais são do que a contraprestação paga ao servido por seu labor despendido, sendo vedado que no cálculo da gratificação incorporada seja considerada outra verba por ele auferida com o propósito de limitá-la ao teto; (v) as verbas de caráter indenizatório não se incorporam ao salário (art. 49, § 1º, da Lei n. 8.112/90), razão pela qual não se fala em somatório para fins de teto das verbas gratificadas e incorporadas e as do cargo atual, uma vez que a gratificação não se confunde com os vencimentos de seu cargo e funções elencadas no art. 239 da Lei Orgânica da Polícia Civil; (vi) a gratificação de Delegado Titular existe para cobrir condições anormais da realização do serviço, incorporando-se ao patrimônio quando preenchidos os requisitos, isto é, as verbas *pro-labore facto* se diferenciam das verbas *proptem personam*, de modo que o impetrante não pode ser prejudicado e tolhido no seu direito à verba que é própria do exercício do cargo simplesmente porque obteve vitória judicial que lhe assegurou a incorporação de função diversa; (vii) as vantagens pecuniárias requeridas não incidem em cascata (cumulativamente, umas sobre as outras), dado que o cargo que exerce é inerente ao Delegado de Classe Especial (obrigado por Lei), sendo vedada qualquer redução por somar-se a outras verbas; (viii) não tendo relação funcional, a verba da gratificação incorporada e a do cargo atual são distintas, não se excluindo entre si, de modo que sujeitar o impetrante à escolha de uma ou outra vantagem, impondo-lhe a de valor menor e reduzindo-lhe o salário, é inconstitucional.

Requer, ao final, o deferimento da ordem em definitivo, confirmando-se a liminar para restabelecer o pagamento do montante correspondente à função de Coordenador, DAPC-4, cujo valor é de R$ 4.208,31, verba distinta da obtida no mandado de segurança n. 0021016-88.2009.8.12.0000.

A 1ª Seção Cível, por unanimidade, afastou a preliminar de inadequação da via eleita. No mérito, o relator, Desembargador Claudionor Abss Duarte, denegou a segurança.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

A segurança deve ser denegada.

De fato, teve o impetrante, Delegado de Polícia Civil, acolhida no mandado de segurança nº 0021016-88-2009.8.12.0000 a sua pretensão de incorporar a gratificação de função de titularidade no percentual de 20% sobre o subsídio.

Porém, a concessão da ordem naquele feito não garantiu ao impetrante que a incorporação seja livre e irrestrita aos comandos constitucionais aplicáveis, não tendo sido esse o ponto discutido naquela ação, em que se buscava apenas o direito de ver incorporado o valor da gratificação, de função outrora exercida, na remuneração, nos termos da lei.

Com efeito, eis o dispositivo do voto vencedor, de lavra do relator do acórdão concessivo da ordem:

> *"[...] a partir do trânsito em julgado, seja integrada ao subsídio do impetrante a incorporação da gratificação de função, cujo valor deve corresponder a 20% calculados sobre o vencimento anterior à entrada em vigor da LCE 114/2005, que instituiu o subsídio."*

Consigne-se tão somente que o dispositivo do acórdão foi alterado após o julgamento de embargos declaratórios do impetrante, alterando-se a base de cálculo para o subsídio.

Resta claro, portanto, que somente foi garantido ao impetrante naquela demanda o que havia sido negado anteriormente no âmbito administrativo, a saber, a incorporação do valor da vantagem atinente ao exercício de cargo em comissão, por força de dispositivo de lei já revogado.

Em outros termos, não há falar em coisa julgada além do direito à incorporação em si, isto é, não foi garantido ao impetrante naquele julgado que a sua incorporação estivesse livre das restrições impostas pelo ordenamento a qualquer verba. Entender de modo diverso violaria a regra do art. 468 do CPC, segundo o qual a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Assim, a concessão daquele *mandamus* manifestamente não pode significar, como quer o impetrante pela via desta ação, que a Administração tenha que descumprir a legislação estadual e as regras constitucionais aplicáveis, mormente em não tendo havido violação ao princípio da irredutibilidade (art. 37, XV, da CF) e sobretudo porque o mandado de segurança não abrangeu esse tema, mas somente o direito à incorporação e sua base cálculo (qual dos subsídios).

Desse modo, a alegação de que se estaria distorcendo o cumprimento do que foi garantido no mandado de segurança não tem guarida.

Tivesse o impetrante percebido tal vantagem por outra via que não a judicial, a mesma limitação ocorreria, pois é o que o ordenamento determina e ao que todos os servidores devem se submeter.

Da análise da legislação aplicável à espécie, verifica-se que o legislador estadual sempre se pautou pela premissa de ser impossível acumular o pagamento da vantagem incorporada com o valor integral da retribuição do novo cargo em comissão/função gratificada.

Nesse particular, o já revogado § 1º do art. 77, da Lei n. 1102/90 (dispositivo que garantiu a incorporação ao impetrante) prescrevia:

> *"§ 1º O funcionário que, após a incorporação, vier a fazer novamente jus a vencimento da mesma espécie, perceberá apenas a diferença entre a incorporação e esta, se maior."*

O Decreto nº 7.883/1994, que veio regulamentar o art. 77, da Lei n. 1102/90, no inciso VII, do art. 1º, trouxe:

> *"VII - o servidor que tenha parcela incorporada ao vencimento, quando nomeado, ou designado para ocupar novo cargo em comissão ou função de confiança, perceberá, além da parcela incorporada, importância equivalente à diferença a esse valor e o da remuneração do cargo ou função ocupado, se esta última for superior ao valor da incorporação;"*

Vislumbro que referidos dispositivos legais sempre foram aplicados pela administração pública estadual e nunca foram declarados inconstitucionais, mesmo porque obedeciam ao que dispunha o inciso XIV, do art. 37, da Constituição Federal, que assim estabelecia:

Os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento.

Por conseguinte, desde a redação anterior da lei maior, tinha-se a impossibilidade de cumular verbas com fundamento igual, como é o caso, em que se tem uma vantagem oriunda do exercício de função de confiança atual a outra referente à incorporação do valor atinente a vantagem também oriunda do exercício de cargo em comissão.

Ademais, no caso específico, há legislação incontestável que deve ser aplicada, consubstanciada no art. 80, § 1º, da Lei estadual n. 4.640/2014, que preceitua:

> *"Art. 80. O servidor que tenha vínculo laboral com órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Federal ou Municipal nomeado para exercer cargo em comissão, classificado em um dos símbolos constantes do Anexo desta Lei poderá optar pela percepção do vencimento, a representação do cargo em comissão ou pela respectiva gratificação de representação acrescida do vencimento, do subsídio ou do salário-base do cargo ou emprego, e respectivas vantagens permanentes.*
>
> *§ 1º São excluídas das vantagens permanentes, para fins do disposto neste artigo, as parcelas de vantagens pessoais vinculadas originalmente à incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, assim como as resultantes dos saldos de incorporação do adicional de produtividade, na forma do art. 3º daLei n. 2.129, de 4 de agosto de 2000, e os abonos e antecipações salariais concedidas anteriormente à vigência desta Lei e vinculados ao exercício do cargo em comissão ou de função de confiança."* (Destaquei)

Ou seja, se a verba incorporação, como preceitua a norma acima, não se inclui dentre as vantagens permanentes, não é possível cumulá-la com o vencimento integral do novo cargo/função gratificada.

Por conseguinte, no âmbito estadual permanece a proibição de cumulação da incorporação pelo exercício do cargo/função gratificada com o vencimento integral de novo cargo/função gratificada.

Não fora somente o inciso XIV do art. 37 da CF/88 a amparar o dispositivo legal suso mencionado, observa-se ainda o que prescreve o inciso XVI c/c o inciso XVII do mesmo artigo constitucional:

> *"XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:*
>
> *XVII a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público."*

Destarte, pela ótica constitucional, o que se deve indagar é se é legal e possível o exercício cumulado dos dois cargos/funções gratificadas, ou seja, poderia o servidor efetivo exercer cumulativamente a função gratificada que deu ensejo à incorporação e o novo cargo/função gratificada atual? Não sendo possível a acumulação, impossível também o pagamento cumulado da vantagem incorporada e a retribuição integral pelo exercício de novo cargo/função gratificada.

Tanto o STF quanto o STJ já firmaram o entendimento no sentido de que a vantagem incorporada (VPNI) não pode ser paga em cumulação com função de confiança

Aliás, no caso acima também se verificou que a legislação local dava a opção do servidor de optar entre uma e outra remuneração, ou ainda a sua diferença, como ocorre *in casu*.

De todo o exposto, percebe-se claramente que a forma de pagamento estabelecida pelo Estado no art. 80, § 1º, da Lei n. 4640/2014 não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade, mesmo porque dispositivos de igual ou semelhante teor existem em outras unidades da Federação e até mesmo na União, inclusive tendo sua aplicabilidade já afirmada pelos Tribunais Superiores.

Por conseguinte, se o impetrante, que possui incorporação referente ao exercício de cargo/função gratificada, estiver exercendo novo cargo/função gratificada, deve perceber a remuneração na forma do

art. 80, § 1º, da Lei n. 4.640/2014, não havendo que se falar em pagamento integral da retribuição do cargo/função gratificada com a vantagem incorporada, sob pena de infringência aos arts. 37, XIV, XVI e XVII, da CF.

Assim não houve ilegalidade alguma com a incorporação pelo impetrante do valor assegurado pelo *mandamus*, acrescido dos reajustes gerais de 2006 até a data da implantação e, como o autor está exercendo atualmente função gratificada, deve perceber a remuneração na forma do art. 80, § 1º, da Lei n. 4.640/2014, isto é, que seja paga apenas a diferença entre o valor da incorporação e da função gratificada atual, não havendo falar em pagamento integral da retribuição do cargo/função gratificada cumulada com a vantagem incorporada.

Quanto à alegação de violação ao princípio da irredutibilidade (art. 37, XV, da CF), igualmente não merece guarida a tese do impetrante, pois a remuneração do impetrante, com a implantação que discute neste feito não sofreu decesso.

Ante o exposto, acompanho o relator e denego a segurança.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 04 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0024685-78.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DEMISSÃO DE PROFESSORA CONVOCADA PARA LECIONAR NO MUNICÍPIO – DISCRIMINAÇÃO PELA OPÇÃO SEXUAL – CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA INDECOROSA POR PARTE DA PROFESSORA DENTRO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO

In casu, de uma minudente análise dos autos, verifica-se das provas testemunhais e demais documentos colacionados no feito, que não restou demonstrada a conduta indecorosa da apelante dentro da instituição de ensino, que justificasse o ato arbitrário do ente público.

É cediço que restou evidenciado o ato ilícito por parte do apelado diante do preconceito que sofreu a apelante e sua companheira dentro do ambiente de trabalho, porquanto tiveram suas vidas expostas à conduta arbitrária da administração pública, que após uma reunião extraordinária demitiu a servidora convocada, ora apelante, devido a sua opção sexual.

Presente o ilícito, a culpa também se evidencia na negligência do ente público, porquanto não tomou qualquer providência para cessar o ato. Evidentemente não se pode aceitar de um servidor com cargo de chefia atitudes arbitrárias em face de seus subordinados, motivadas por "intolerância" - como observado no expediente em que foi decidido rescindir o contrato da apelante.

Assim, extrai-se dos autos a conclusão inarredável de que os fatos que foram submetidos à autora, ora apelante, caracterizam situações humilhantes e discriminatórias que perduraram por um razoável lapso temporal.

Em situações tais os danos morais se presumem, verificam-se *in re ipsa*, ou seja, decorrem da força dos próprios fatos, pouco importando que inexista prova nos autos quanto ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso. Pela dimensão do fato e sua natural repercussão na esfera do lesado, é impossível deixar de imaginar que o dano não se configurou.

Em virtude da conduta lesiva do recorrido, o dano moral suportado pela apelante causou situação altamente estressante e constrangedora a mesma, e ponderando as condições econômicas do ofensor, além da função punitiva e retributiva do dano moral, tenho por bem fixar a quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) como suficiente para reparar os danos imateriais aventados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de março de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Noyr Rondora Marques apela da sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista c/c pedido de indenização por danos morais ajuizada em face do Município de Campo Grande/MS, que julgou improcedentes os pedidos aduzidos na inicial, condenando a ora apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), restando suspensa a exigibilidade do pagamento ante os benefícios da justiça gratuita.

Destaca que inicialmente intentou a ação judicial para reinvidicar os danos morais perante a justiça do Trabalho, porém em decisão de recurso ordinário em ação rescisória proposta pela apelante, o Superior Tribunal do Trabalho julgou pela procedência da ação, desconstituindo a sentença e o acórdão prolatado nos autos, sendo declinada a competência para esta Justiça Estadual, e portanto apela da decisão de fls. 617-738, proferida pelo Juiz da 4° Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Capital.

Na sequência faz um breve relato histórico do feito, informando que foi contratada pelo apelante para lecionar no ensino público do município, especificamente na escola municipal Onira Rosa dos Santos, localizada na zona rural, durante o período de 01.02.2007 a 06.07.2007.

Relata que no dia 24.02.2007, foi convocada pela diretora da escola para uma reunião, em que a pauta era o seu relacionamento amoroso com a também professora Carmem Silvia Geraldo.

Sustenta que teve sua honra lesionada pois foi sumariamente demitida em razão de sua orientação sexual, não havendo como prosperarem as alegações do apelado de que haviam condutas indecorosas, conforme restou devidamente demonstrado na instrução do feito.

Pondera que foi proferido por esta Corte de Justiça acórdão favorável em relação à ação proposta por sua companheira, na qual o município ora apelado foi condenado ao pagamento do valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, tendo o órgão colegiado proferido entendimento de que houve ilicitude no ato do ente público em demitir a professora Carmem Silvia Geraldo tão-somente pelo fato de manter relacionamento amoroso com a apelante, no período em que estas lecionavam na mesma instituição.

Obtempera que vislumbra-se da ata n.04/2007, colacionada aos autos às fls.18-19 que a apelante foi de fato demitida devido a sua orientação sexual, não sendo-lhe oportunizado nenhum tipo de defesa por meio de sindicância, em total desrespeito ao art. 5°, inciso LV, da Constituição Federal.

Por fim, requer o provimento recursal, para que seja o apelado condenado ao pagamento referente ao dano moral demonstrado nos autos, em quantia a ser arbitrada pelo juízo, sugerindo, por uma questão de equidade com o processo de Carmem Silvia Geraldo, o patamar de R$ 35.000,00 (trina e cinco mil reais).

O prazo para apresentação da resposta transcorreu sem a manifestação da parte recorrida (fls.647).

VOTO

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

A questão cinge-se quanto a possibilidade de condenação do município apelado ao pagamento de valor a título de danos morais em razão do ato ilícito relatado na inicial.

A apelante aduz em suas razões que foi demitida da referida instituição de ensino municipal pelo simples fato de ser homossexual e estar se relacionando com outra professora do quadro docente, ressaltando ainda, que não foi oportunizado a ela o direito de defesa, tendo em vista que não foi instaurado nenhum processo administrativo que lhe possibilitaria esclarecimentos acerca das apontadas condutas incompatíveis com o âmbito educacional.

Ressalta que as condutas indecorosas apontadas pelo apelado e aceitas pelo magistrado *a quo,* não coadunam com as provas testemunhais colhidas no feito, não podendo prevalecer a sentença de improcedência do pedido inaugural.

Pondera que em situação idêntica foi concedido por este Tribunal no julgamento da apelação cível n. 2012.011942-3/0000-00, à companheira da apelante, o pagamento do valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de danos morais, por ter sido reconhecido pelo colegiado a ilicitude da conduta perpetrada pelo município, diante da ausência de demonstração de conduta incompatível com o ambiente escolar, por parte da apelante.

Requer assim que haja a condenação do apelado ao pagamento dos danos morais a seu favor, sob a alegação de que o motivo de sua demissão, com base unicamente na sua orientação sexual, evidenciou a ilicitude do ato perpetrado pelo ente público requerido.

Pois bem.

Verifica-se na peça inaugural que a apelante é professora e foi convocada para lecionar no ensino público municipal, pelo período de 01/02/2007 a 06/07/2007, para desempenhar suas funções na Escola Municipal Onira Rosa dos Santos, localizada na zona rural, tendo nesta instituição conhecido a professora Carmem Silvia Geraldo, com quem passou a ter um relacionamento íntimo, porém sem exposições públicas.

Ocorre que no dia 24/02/2007 a requerida foi surpreendida com a convocação de uma reunião extraordinária, na qual estiveram presentes a diretora Cleidinei Dias Barreira, as professoras Nair dos Santos Garcia, Carmem Silvia Geraldo Maria de Jesus, bem como, a apelante e a secretária geral Lourdes Graziella, tendo como pauta da reunião o relacionamento amoroso entre a apelante e a professora Carmem.

A referida reunião resultou na demissão da requerente e na colocação à disposição da SEMED, de sua companheira, sem a instauração de nenhum procedimento administrativo, constando na ata as seguintes disposições (fls.18-19):

> *"(...) Aos vinte e quatro dias do mês de abril de dois mil e sete reuniram-se em uma das salas de aula (...) para tratarem de um assunto que veio à tona e está correndo dentro do ambiente escolar: relacionamento homossexual entre as professoras Carmem e a professora Noir.* ***A diretora começou a reunião colocando que estava surpresa com a situação, mas que estaria tratando do assunto com muito profissionalismo e ética e que ficou sabendo do fato por uma amiga que é irmã da Professora Maria de Jesus e que ela não tem preconceito, acha que cada um deve ter a opção sexual que quiser, mas quando se trata de educador; tem-se que ter muito cuidado, porque as consequências podem ser desastrosas principalmente se chegar ao conhecimento da comunidade. Colocou aqui que havia levado o caso para Secretaria Municipal de Educação e foi orientada pela Diretora Executiva Alelis Isabel Angela Fachini – coordenadora de gestão e normas, Dr.Katiuscia – departamento jurídico e que todas foram unânimes na condução do fato, ou seja, a professora Carmem por ser efetiva será colocada à disposição da SEMED e a professora Noir convocada terá a rescisão do contrato*** *(...)".* (Destaquei).

Com efeito, de uma minudente análise dos autos, verifica-se das provas testemunhais que não restou demonstrada a conduta indecorosa da apelante dentro da instituição de ensino, restando oportuno

transcrever trechos de testemunhos prestado, primeiramente o da Professora Maria de Jesus, que dividia o alojamento com a apelante e sua companheira (fls. 277-278):

> ***"(...) A depoente dividia alojamento com a reclamante e a professora Carmem. A reclamante e Carmem revelaram para a depoente que tinha um relacionamento íntimo em meados de março. Não havia notado intimamente entre a reclamante e a Carmem antes de estas revelarem à depoente que tinham relacionamento íntimo.*** *(...) A depoente passou a ficar constrangida, pois a professora Carmem e a reclamante não a respeitaram, uma vez que trocavam carícias na sua presença, dentro do alojamento da escola. A depoente não chegou a presenciar maiores intimidades entre a reclamante e a Carmem nos horários de aulas, apenas alguns toques de pés quando estavam almoçando, em uma varanda no Pátio da escola, onde normalmente circulavam alunos. Não ouviu comentários sobre qualquer pessoa ter notado os mencionados toques. A depoente não ouviu comentários acerca do relacionamento da reclamante antes da desconvocação desta. (...) Na reunião em que foi comunicado à reclamante a sua desconvocação, foi informado que o motivo disso era o fato de a autora manter relacionamento com a professora Carmem no alojamento da escola, o que era proibido. (...) Nunca verificou toques íntimos entre a reclamante e a professora Carmem quando estavam à mesa nos horários das refeições. (...) Ficou sabendo que o professor Alcemir havia flagrado a reclamante e a Carmem se beijando na boca no alojamento, no período da tarde, após as aulas. (...) O referido professor havia comentado esse fato apenas com a zeladora (Greici Kelly) da Escola, e depois do afastamento da reclamante, contou para a depoente (...)".* (Destaquei).

Trechos do testemunho prestado pelo professor Alcemir Martins Corrêa (fls.280-281):

> *"(...) Foi professor convocado por dois anos, 2006 e 2007. O depoente presenciou contato íntimo entre a reclamante e a professora Carmem, isso por volta do final de março e início de abril. As referidas professoras estavam juntas no alojamento da Escola, tendo a reclamante chamado a Carmem de "amor", tendo esta respondido da mesma forma, e ambas passaram a se beijar e acariciar. Esse contato, presenciado pelo depoente, através da janela, sem ser percebido pelas professoras, ocorreu no quarto destas, por volta das 19:00/20:00 horas, horário em que não eram ministradas aulas. (...)* ***Não ouviu outros comentários a respeito da relação da reclamante com a Carmem, nem tem conhecimento de que algum pai de aluno tenha se queixado na Escola em razão desse fato****. Ouviu comentários, por várias pessoas da comunidade e alunos, no sentido de que o aproveitamento em relação às matérias ministradas pela professora Carmem estava ruim, porém tais comentários não se referiram à reclamante. Não havia outra pessoa no alojamento no dia em que o depoente viu as professoras beijando-se. (...)".* (Destaquei).

Depoimento pessoal da apelada, representada na pessoa da Sra. Cleidinei Crepaldi Dias Barreira (fls. 274):

> *"(...) A reclamante não foi cientificada da reunião ocorrida na SEMED. A decisão de desconvocar a autora ocorreu principalmente para que os fatos (relacionamento com a Professora Carmem) não chegasse ao conhecimento da comunidade, pois até então, embora a depoente já tivesse conhecimento de que a comunidade, pois até então, embora a depoente já tivesse conhecimento de que a reclamante tinha relacionamento com a citada professora, acreditava que a situação estava "entre quatro paredes". O receio de que se tornasse de conhecimento da comunidade decorria também do fato de que na escola não há alojamento adequado para os professores. A depoente tomou conhecimento do relacionamento homoafetivo entre a reclamante e a professora Carmem no início de abril, tendo demorado cerca de vinte dias para a SEMED chegar a decisão de desconvocar a autora. Além da irmã da professora Maria de Jesus, nenhuma outra pessoa procurou a depoente para relatar o envolvimento entre a reclamante e Carmem.* ***A decisão de***

> ***desconvocar a reclamante teve como objetivo, como já dito, evitar que a comunidade tivesse conhecimento do relacionamento íntimo entre aquela e a professora Carmem, o que provavelmente provocaria questionamento por parte dos membros desta comunidade. Havia temor de que os alunos não entendessem o relacionamento íntimo da reclamante.*** *(...)".* (Destaquei).

Vale ainda ressaltar trechos de testemunho prestado pelo pai de um aluno, o Sr. Marcelo Oliveira Pinheiro, senão vejamos (fls.276):

> *"(...)* ***Não teve conhecimento de relacionamento íntimo entre a reclamante e a professora Carmem. (...) Teve conhecimento de fatos relacionados ao afastamento da reclamante através de sua esposa, que assistira a um programa de televisão em onde foi comentado a respeito. Nunca presenciou nenhum contato mais íntimo entre a reclamante e a professora Carmem. (...) Ao que sabe, o relacionamento entre a reclamante e Carmem só chegou ao conhecimento da comunidade depois do afastamento de ambas. (...)".*** (Destaquei).

Outrossim, os fatos vivenciados pela apelante e sua companheira foram divulgados na mídia, o que levou à exposição total de sua intimidade, já que o caso foi propagado por todo o Estado.

É cediço que da forma como foi demonstrado no feito, restou evidenciado o ato ilícito diante do preconceito que sofreu a apelante e sua companheira, no ambiente de trabalho, porquanto tiveram suas vidas expostas à conduta arbitrária da administração pública, que após uma reunião extraordinária demitiu a servidora convocada, ora apelante, devido a sua opção sexual e como afirmado pela própria apelada, representada na diretora da instituição escolar, para *"evitar que a comunidade tivesse conhecimento do relacionamento íntimo entre aquela e a professora Carmem, o que provavelmente provocaria questionamento por parte dos membros desta comunidade".*

Presente o ilícito, a culpa também se evidencia na negligência do ente público, porquanto não tomou qualquer providência para cessar o ilícito. Evidentemente não se pode aceitar de um servidor com cargo de chefia atitudes arbitrárias em face de seus subordinados, motivadas por "intolerância" - como observado no expediente em que foi decidido rescindir o contrato da apelante.

Assim, extrai-se dos autos a conclusão inarredável de que os fatos que foram submetidos à autora, ora apelante, caracterizam situações humilhantes e discriminatórias que perduraram por um razoável lapso temporal.

Neste sentido, *mutatis mutandis*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIA - DANO MORAL - DISCRIMINAÇÃO - OPÇÃO SEXUAL - CHACOTA - PESSOA JURÍDICA - PREPOSTO - PROVA TESTEMUNHAL. A obrigação de indenizar surge de uma conduta capaz e suficiente de produzir o evento danoso. Configura dano moral a prolação de palavras de cunho discriminatório a respeito da opção sexual, expondo a pessoa a constrangimento e humilhação pública. A Constituição da República assegura como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."* (TJMG, Apelação Cível n.Apelação Cível 1.0394.05.049427-4/001 0494274-60.2005.8.13.0394, Relator Marcelo Rodrigues, Órgão Julgador 11ª Câmara Cível, Data do Julgamento 04/04/2008).

O dano moral caracteriza-se por uma lesão à dignidade da pessoa humana, ou seja, um dano extrapatrimonial que atinge os direitos da personalidade, violando os substratos principiológicos da liberdade, integridade psico-física, igualdade e solidariedade.

Os danos morais, na definição do ilustre civilista Carlos Alberto Bittar, caracterizam-se por:

> *"lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas"* (Reparação Civil por Danos Morais, artigo publicado na Revista do Advogado/AASP. n. 44, 1994, p. 24).

E foi exatamente esse bem jurídico imaterial, como um complexo estruturado nos sentimentos, na dignidade e na honra, que veio a ser injustamente violado pelo apelado.

Em situações tais os danos morais se presumem, verificam-se *in re ipsa*, ou seja, decorrem da força dos próprios fatos, pouco importando inexista prova nos autos quanto ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso. Pela dimensão do fato e sua natural repercussão na esfera do lesado, é impossível deixar de imaginar que o dano não se configurou.

A propósito, vale atentar à precisa lição doutrinária de Carlos Alberto Bittar, que assim discorre:

> *"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto. (...)"*
>
> *"O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa."*
>
> *"Ora, trata-se de presunção absoluta, ou iuris et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado."* (*in* Reparação Civil por Danos Morais, 1ª. ed. São Paulo: RT, p. 202-204).

Extraindo-se a idéia de culpabilidade como atributiva do *quantum* reparatório, o que levaria a um inexorável paradoxo em relação aos próprios fundamentos da atual responsabilidade civil, que converge integralmente a sua lógica à vítima, ao credor da dívida, à satisfação do dano injusto, e baseando-se no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, certamente se alcançará a fixação desejada no arbitramento da indenização.

Para a aferição do valor a ser arbitrado deve-se utilizar dos mesmos critérios adotados para se aferir a indenização patrimonial, considerando-se as condições únicas e exclusivas da vítima e as elementares bases principiológicas.

Conforme leciona a Eminente Doutora Maria Celina Bodin de Moraes:

> *"Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição - no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado"* (Danos à Pessoa Humana, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 55).

Ora, pelo princípio da razoabilidade deve-se observar a mister congruência lógica entre a situação posta e os atos praticados pelo ofensor, tendo em vista os fins reparatórios a que se destina, e pelo princípio da proporcionalidade deve-se ponderar uma adequada condenação, a necessidade da medida e a proporcionalidade propriamente dita.

Incumbe ao julgador, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não dê margem ao enriquecimento sem causa do ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor, evitando reincida no comportamento lesivo.

Vale ressaltar, *in casu*, que em virtude da conduta lesiva do recorrido, o dano moral suportado pela apelante causou situação altamente estressante e constrangedora a mesma, e ponderando as condições econômicas do ofensor, além da função punitiva e retributiva do dano moral, tenho por bem fixar a quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) como suficiente para reparar os danos imateriais aventados.

A atualização do valor, no que tange aos juros e a correção monetária, deverá ser procedida nos termos da Lei 11.960/09, nos termos da redação que alterou o art.1° - F da Lei n. 9494/97.

Dispositivo

Isso posto, dou provimento ao recurso interposto para condenar o apelado ao pagamento do valor de R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) em favor de Noyr Rondora Marques a título de indenização pelos danos morais caracterizados nos autos, invertendo os ônus sucumbenciais mantendo o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença monocrática.

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. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 01 de março de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0826789-39.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E DANOS MORAIS – CONTRATOS DE CESSÃO DE DIREITO DE USO E DE LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM *SHOPPING CENTER* – FRACASSO DO EMPREENDIMENTO UM ANO E MEIO APÓS A INAUGURAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PELO EMPREENDEDOR – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE, NÃO INSTALAÇÃO DE LOJAS ÂNCORAS E DISSONÂNCIA DAS CONDIÇÕES ANUNCIADAS ANTES DA CONTRATAÇÃO – INADIMPLEMENTO CONFIGURADO – RESCISÃO CONTRATUAL – RETORNO DOS CONTRATANTES AO *STATUS QUO ANTE* – RESTITUIÇÃO DOS VALORES COMPROVADAMENTE DESPENDIDOS PELO LOGISTA – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – NCPC, ART. 85, *CAPUT* E § 2º – PROVIDA EM PARTE.

O apelante firmou com o apelado contratos de cessão de direito de uso e de locação de um espaço no *Shopping* 26 de Agosto. Um ano e meio, aproximadamente, após a inauguração do empreendimento comercial, o grupo que o administrava anunciou a sua venda, pois não alcançados o sucesso e o público esperados. Posteriormente, o prédio foi desapropriado pelo Estado de Mato Grosso do Sul e ocorreu a imissão na posse, quando os últimos lojistas – cerca de dez – que ainda lá trabalhavam foram obrigados a encerrar suas atividades.

O princípio da boa-fé, um dos pilares de sustentação da moderna codificação privada, relativamente ao direito contratual, está previsto no artigo 422 do Código Civil, que enuncia: "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*". Apesar de o dispositivo aludir apenas à conclusão e à execução do contrato, é pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que o princípio em questão deve ser observado também nas fases pré e pós-contratual, bem assim em relação às obrigações acessórias à principal.

Nesse contexto, irrefutável a conclusão de que as informações apresentadas pelo apelado quando da divulgação do empreendimento que estava sendo lançado o vincularam, de modo que aqueles que celebraram contratos de cessão de direito de uso e locação de espaços no *Shopping* 26 de Agosto tinham o direito de exigir a execução de tudo o que foi prometido na propaganda, isso por força dos deveres de honestidade, transparência e honradez. Todavia, o apelado não cumpriu com as condições anunciadas.

Os contratos de *shopping center* são atípicos e devem observar as normas gerais fixadas no Código Civil, dentre as quais, a da boa-fé contratual. Assim, a simples promessa do apelado, em momento preliminar à contratação, de que promoveria a viabilidade de um centro comercial aos lojistas imputou-lhe, necessariamente, o dever de instalar lojas âncoras e promover a publicidade do empreendimento, pois tais atividades são ínsitas à natureza do contrato de *shopping center*, mas isso não aconteceu e o empreendimento fracassou.

Destarte, conclui-se que o apelado foi o responsável pelo insucesso do *Shopping* 26 de Agosto, por não ter empreendido os esforços a seu alcance para estimular o comércio, descumprindo as tratativas pré-contratuais e frustrando a legítima expectativa daqueles que com ele contrataram, na busca da união de esforços e investimento do seu capital.

A responsabilidade, na hipótese, determina, além da rescisão do contrato, a indenização dos prejuízos comprovadamente suportados pelo lojista, nos moldes dos artigos 475 e 389 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de junho de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Rafael Bruno Ribeiro apelou da sentença que rejeitou os pedidos deduzidos na inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais declarando a manutenção das cláusulas penais em todos os pactos da relação, rescisão contratual c/c restituição de valores pagos ajuizada em face do *shopping center* 26 de agosto Ltda. e o condenou ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes arbitrados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Asseverou, resumidamente, que a sentença contrariou o acervo documental carreado ao processo e, ainda, olvidou-se da presunção de veracidade de fatos notórios e de fatos não impugnados pelo apelado, os quais não dependem de prova, consoante artigo 302 do Código de Processo Civil de 1973. Outrossim, incontroverso que o apelado não implementou, no centro comercial, as condições prometidas quando das tratativas preliminares, descumprimento as obrigações contratuais, que culminou no fracasso do empreendimento. Logo, a ele deve ser imputada a responsabilidade pela rescisão contratual que pleiteia.

Por fim, pugnou pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e, desse modo, acolher os pedidos deduzidos na peça vestibular.

O apelado, em contrarrazões às fs. 141-146, defendeu a manutenção da sentença.

VOTO

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

Para melhor compreender a controvérsia objeto desta apelação é imprescindível conhecer os fatos que antecederam à propositura da demanda e algumas ocorrências processuais, os quais passo a relatar.

Rafael Bruno Ribeiro firmou com o *shopping center* 26 de agosto Ltda., em 30 de novembro de 2010, um contrato de cessão de direito de uso e um de locação de um espaço (TER H05) no *Shopping* 26 de Agosto (fs. 23-30 e 109-115). Relativamente ao primeiro contrato, cujo prazo de duração era de cinco

anos, ajustaram o valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); já o segundo importava o pagamento de aluguel mensal de R$ 1.000,00 (um mil reais).

Além disso, segundo afirma, desembolsou R$ 3.920,00 (três mil, novecentos e vinte reais) para fazer as instalações na loja, viabilizando a locação dela a terceiros (comprovantes de alguns pagamentos às fs. 33-39).

Posteriormente, em 31 de outubro de 2011, foi convocado pela administração do *shopping* para promoverem alterações nos contratos (f. 41 e 120), cujas novas condições foram, em 1º de janeiro de 2012, assim definidas:

> *"a) Cessão de direito de uso do espaço TER H05, pelo valor de R$ 43.697,30 (quarenta e três mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta centavos), representados, em parte, pelo crédito concernente ao contrato antecedente e, em parte, pela assunção de uma dívida a ser quitada em 48 parcelas mensais e sucessivas (fs. 44-46);*
>
> *b) Aluguel do espaço no valor de R$ 120,00 (cento e vinte reais), até junho de 2012 (fs. 47-50)."*

O centro comercial, todavia, não obteve o sucesso e público esperados e, por isso, em meados de março e abril de 2013, o Grupo Saad Empreendimentos anunciou sua venda, o que foi amplamente noticiado na imprensa local (a exemplo das cópias de jornais acostadas às fs. 66-68 e 70-77 e da notícia veiculada na página eletrônica do Campo Grande News[1]). Em dezembro de 2013, o prédio onde funcionava o *Shopping* 26 de Agosto foi desapropriado pelo Estado de Mato Grosso do Sul[2] e a imissão na posse ocorreu em 24 de janeiro de 2014, quando os últimos lojistas – cerca de dez – que ainda lá trabalhavam foram obrigados a encerrar suas atividades[3].

Então, Bruno ajuizou esta demanda, sustentando que o fracasso do empreendimento decorreu do descumprimento pelo requerido das obrigações contratuais, sobretudo, por não ter promovido e divulgado o *shopping* como deveria.

De sua parte, o requerido, em contestação (fs. 87-97), afirmou ter satisfeito todas suas obrigações contratuais, disponibilizado o estabelecimento aos cessionários com instalações adequadas ao desenvolvimento do centro comercial, além de ter realizado eventos variados para atrair a clientela, tudo em atenção à probidade e boa-fé; logo, não há como imputar-lhe as consequências pelo insucesso do negócio.

Malgrado tenha o requerido pugnado pela produção de prova testemunhal, o magistrado de primeiro grau, entendendo-a desnecessária, proferiu sentença nos moldes do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, rejeitando a pretensão vestibular, ao argumento de que o empreendedor cumprir com exatidão as obrigações assumidas e que não existem, nos autos, provas de que o insucesso do empreendimento se deu por culpa dele.

Então, adveio a apelação interposta pelo requerente, que repisa as alegações esposadas na petição inicial.

Pois bem. A resolução da situação *sub examine* demanda compreensão do espectro de incidência do princípio da boa-fé nas relações privadas e da responsabilidade inerente à administração de *shoppings centers*.

1 Disponível em http://www.campograndenews.com.br/economia/grupo-poe-shopping-26-de-agosto-a-venda-por-rs-50-milhoes-na-capital. Acesso em 13 de maio de 2016.

2 Disponível em http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2014/01/predio-de-shopping-e-desapropriado-e-lojistas-recorrem-justica-em-ms.html e em http://www.campograndenews.com.br/economia/governo-desapropria-e-shopping-26-de-agosto-vira-anexo-do-judiciario. Acesso em 13 de maio de 2016.

3 Disponível em http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/tj-fecha-shopping-26-de-agosto-e-causa-revolta-dos-ultimos-lojistas. Acesso em 13 de maio de 2016.

O princípio da boa-fé é um dos pilares de sustentação da moderna codificação privada, consistente em cláusula geral que determina a adoção de posturas cooperativas, colaborativas, respeitosas e calcadas na confiança e que veda, ao mesmo tempo, os comportamentos contraditórios, protelatórios, abusivos, com propósito exclusivamente emulativo.

No âmbito do direito contratual, o artigo 422 do Código Civil enuncia que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*". Apesar de o dispositivo aludir apenas à conclusão e à execução do contrato, é pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que o princípio em questão deve ser observado também nas fases pré e pós-contratual, bem assim em relação às obrigações acessórias à principal, tais como os deveres de informar e de colaborar.

Nesse sentido é o teor do Enunciado nº 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, *verbis*: "*Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato*"; e a doutrina do mestre Carlos Roberto Gonçalves, que alude a outros estudiosos:

> *"Não se pode negar que a cláusula geral da boa-fé objetiva está tratada no novo Código Civil com inegável apuro técnico. Não obstante, a redação do aludido art. 422 tem sido criticada por alguns doutrinadores. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, a considera insuficiente, 'pois só dispõe sobre dois momentos: conclusão do contrato – isto é, o momento em que o contrato se faz – e execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes'. [...].*
>
> *Todavia, como obtempera Nelson Nery Júnior, 'o BGB § 242 mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual, tampouco a pós-contratual e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias. Mesmo com redação insuficiente, estão compreendidos no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado.*
>
> *Igualmente Ruy Rosado de Aguiar Júnior, comentando o art. 422 em foco, menciona que, durante as tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, também surgindo, nessa fase, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual"* (*apud* Direito Civil Brasileiro. Volume III. Contratos e Atos Unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38).

Transpondo as lições doutrinárias à situação em apreço, irrefutável a conclusão de que as informações apresentadas pelo apelado quando da divulgação do empreendimento que estava sendo lançado o vincularam, de modo que aqueles que celebraram contratos de cessão de direito de uso e locação de espaços no *Shopping* 26 de Agosto tinham o direito de exigir a execução de tudo o que foi prometido na propaganda, isso por força dos já anunciados deveres de honestidade, transparência e honradez.

Em documento juntando às fs. 133-137 nos autos nº 0820166-56.2013.8.12.0001, também de relatoria deste Julgador, verificou-se que o *folder* do centro comercial anunciava a existência de "*550 lojas formando um mix diversificado de proporcionará um fluxo intenso de consumidores*" e "*praça de alimentação com 14 restaurantes*". Todavia, como relatado pelas testemunhas ouvidas no citado processo e divulgado pela mídia jornalística à época, o *Shopping* 26 de Agosto nunca chegou a atingir a quantidade de consumidores esperada – cuja média era de 30 mil por dia – tampouco a disponibilizar aos lojistas as condições anunciadas.

Ilustrando, o jornal Midiamax, em sua página na *internet*, noticiou as correntes reclamações dos lojistas relativas à precariedade da limpeza e da conservação dos banheiros, a iluminação parcial do

estabelecimento durante o horário de funcionamento, o que lhe atribuía um aspecto feio e pouco atraente, e, sobretudo, à promessa de instalação de lojas âncoras que nunca se concretizou.

Pela relevância, vejamos teor da matéria:

> *"Reclamações dos proprietários dos quiosques no Shopping 26 de Agosto começaram menos de um ano após a inauguração por falta de investimento em propaganda do negócio. Agora, os lojistas denunciam que os banheiros do primeiro andar estão fechados e menos da metade da iluminação fica ativada.*
>
> *Eles preferem não se identificar e dizem que o prejuízo é alto, cerca de R$ 60 mil por cada ponto. Na época do lançamento, uma taxa de R$ 270 era cobrada de cada um para publicidade. 'Nunca foi feita nenhuma propaganda, a não ser a que dizia que íamos abrir. Depois a taxa foi extinta'.*
>
> *Outra proprietária alega que o prédio é fechado às 17h30 e imediatamente as luzes se apagam. 'Esses dias estava com uma cliente e passei muita vergonha. Instalei uma luz própria na loja, quando eles apagam eu acendo e termino de atender decentemente quem está comprando aqui', explica.*
>
> *Fechado aos sábados*
>
> *Um lojista diz que a administração decidiu não abrir mais aos sábados. 'O proprietário do prédio disse que gasta luz e que não tem movimento suficiente para abrir, além da falta de segurança. Quem vai reclamar com ele ouve como resposta 'se não está bom, pode ir embora", alegou.*
>
> *Além do valor do quiosque, os lojistas pagam aluguel de R$ 600, mais taxa de água. Segundo eles, quando o movimento do lugar caiu, o administrador Rubens Saad, baixou o preço do aluguel para cerca de R$ 130. 'Agora que muitos desistiram do negócio, voltou a ser R$ 600', diz a proprietária.*
>
> *O proprietário e administrador não foi encontrado para comentar sobre a reclamação dos donos das lojas"*[4].

O apelado, de sua parte, não trouxe qualquer documento que comprovasse não ter se comprometido, na fase pré-contratual, a garantir o sucesso do empreendimento, promover eventos e instalar lojas renomadas, tudo para atrair consumidores, alavancar as vendas e consolidar o centro comercial. Ele não colacionou documentos nem mesmo produziu prova oral. Limitou-se a sustentar o cumprimento de suas obrigações contratuais.

Como esposado, a discussão em apreço não se refere exatamente ao cumprimento das obrigações principais – quais sejam, ceder o direito de uso e locar os espaços ao apelante –, mas sim ao inadimplemento dos deveres acessórios típicos do contrato de *shopping center*, principalmente o de promover o sucesso do aglomerado de lojas.

Os contratos de *shopping center* são atípicos, não estando disciplinados em nosso ordenamento jurídico. Desta feita, como o Código Civil autoriza a estipulação de contratos atípicos (artigo 425[5]), estes devem observar as normas gerais nele fixadas, dentre as quais, uma das mais importantes é a da boa-fé contratual.

A respeito do contrato de *shopping center*, os insignes civilista Nelson Nery Júnior e Georges Abboud ensinam:

4 Disponível em http://www.midiamax.com.br/noticias/842349-sem-banheiro-nem-luz-proprietarios-reclamam-de-shopping-abandonado-no-centro.html. Acesso em 18 de maio de 2016.

5 "Art. 425. *É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*".

> *"[...] o empreendimento de shopping center se financia pela atuação conjunta do empreendedor e dos lojistas. [...]* ***Já o empreendedor, por sua vez, é responsável pelo sucesso do empreendimento, mediante a elaboração dos projetos técnicos, arquitetônicos e publicitários****. Ou seja, o empreendedor é o responsável em transformar o espaço do shopping center em um espaço diferenciado e que seja atrativo ao público consumidor. A fixação de local para a implantação das lojas âncoras é uma das principais medidas a ser concretizada para viabilizar o sucesso comercial do local do shopping center"* (A aplicação da boa-fé nos contratos de *shopping center.* A questão da *res sperata*." *In* Revista de Direito Privado. RDPriv. ano 16. vol. 62. abril-junho 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.124) (grifo nosso).

Nessa mesma linha de raciocínio é o voto do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 152.497/SP:

> *"O negócio jurídico que reúne empreendedor de* shopping center *e lojista é misto e regula relações de natureza vária. Apesar de sua complexidade, nem por isso perde a unidade, especialmente considerando-se que tudo é contratado tendo em vista uma única finalidade principal, que é a instalação de uma loja no recinto do* shopping, ***estabelecimento comercial que tem características próprias, entre elas a de garantir a afluência do público com a instalação de alguns pontos comerciais especialmente atrativos para grande número de pessoas****, o que beneficia o pequeno comerciante, e adotar um certo perfil na distribuição dos pontos, seja quanto à localização, seja quanto à natureza do negócio que realizam.*
>
> *[...]*
>
> *Portanto, se o empreendedor não cumpre com a promessa -* ***expressa ou implícita, porque inerente ao negócio*** *- de destinar um dos espaços para a instalação de loja âncora, fator determinante do negócio e da própria escolha do local, não há como deixar de considerar a regra do art. 1092 do CC, que trata do inadimplemento, quer para determinar o rompimento de toda a relação, quer apenas para afastar cláusulas ou obrigações diretamente atingidas com a falta da prestação convencionada. O uso da exceptio non adimpleti contractus ou da non rite adimpleti contractus era perfeitamente cabível"* (Quarta Turma. Publicação DJ 30.9.2002) (grifo nosso).

Nesse contexto, dessome-se que a simples promessa do apelado, em momento preliminar à contratação, de que promoveria a viabilidade de um centro comercial aos lojistas imputou-lhe, necessariamente, o dever de instalar lojas âncoras e promover a publicidade do empreendimento, pois tais atividades são ínsitas à natureza do instituto *shopping center*.

Destarte, em atenção ao já citado princípio da boa-fé contratual, conclui-se que o apelado foi o responsável pelo fracasso do *Shopping* 26 de Agosto, vez que não empreendeu os esforços a seu alcance para estimular o comércio, descumprindo as tratativas pré-contratuais e frustrando a legítima expectativa daqueles que com ele contrataram, na busca da união de esforços e investimento do seu capital.

A responsabilidade, na hipótese, determina, além da rescisão do contrato, a indenização dos prejuízos sofridos pelo lojista, nos moldes dos artigos 475 e 389 do Código Civil, que prescrevem, respectivamente:

> *"A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos" e "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".*

A propósito, em casos semelhantes ao deste processo, nos quais outros lojistas deduziram pretensão parecida, este Tribunal de Justiça reconheceu a culpa do apelado pelo insucesso do empreendimento, senão vejamos:

"[...] Restando incontroverso que a culpa pelo insucesso comercial da autora se deu por inadimplemento contratual por parte da requerida, a rescisão dos contratos pactuados é medida que se impõe. O ressarcimento dos alugueis é devido com relação ao tempo de funcionamento da loja no espaço locado, assim, os valores pagos referentes ao tempo posterior ao seu fechamento deve ser devolvido. Não há se falar em lucros cessantes quando não restar comprovado probabilidade objetiva de aferimento de lucro pela autora. É de se reconhecer o Dano Moral quando restar comprovado o dano sofrido pela autora. [...]" (Apelação nº 0829081-94.2013.8.12.0001. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 27.4.2016).

"[...] 3. Faz parte da norma de conduta que as partes cumpram com suas obrigações, tanto que o inadimplemento pode levar à responsabilização por perdas e danos a teor do disposto no artigo 389 do Código Civil. Porém, o insucesso comercial é alegação hipotética, genérica e não apta a, por si só, ser fato gerador de abalo anímico. 4. Havendo provas documentais de que o empreendimento empresarial não na forma pretendida, que culminou no insucesso da logista, bem como, sendo fato notório diante das fartas reportagem a respeito de tal fato, tanto que o shopping foi vendido, há provas suficientes aos autos para formar a convicção pela rescisão contratual por inadimplemento" (Apelação nº 0038079-21.2012.8.12.0001. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgamento 10.2.2015).

"[...] ***Havendo o negócio sido realizado sob a promessa do empreendedor de que no local, um shopping center, haveria instalação de redes âncoras, atraindo o consumidor, possibilitando a realização do comércio do adquirente de uma unidade no condomínio, mas constatando-se que referidas lojas âncoras não fossem instaladas, ocorrendo, inclusive, o fechamento do local e alienação do prédio a outro tipo de empreendimento, ofende o empreendedor o princípio da boa-fé e, consequentemente, dá causa ao rompimento do contrato, com a obrigação de pagar perdas e danos, consistente na devolução dos valores investidos pelo comerciante, e indenização pelos danos materiais e morais. Caracteriza-se, na espécie, a responsabilidade civil pré-contratual. A boa-fé contratual permeia o negócio jurídico antes, durante e depois da celebração do respectivo contrato, seja qual for sua natureza. Existe uma relação de confiança na fase pré-contratual que leva o comerciante a adquirir uma unidade no condomínio diante das garantias ainda que meramente verbais que são dadas pelo empreendedor quanto ao sucesso do shopping, atraindo o adquirente, o qual se convence, durante as fases de negociação, de que o contrato a ser celebrado realmente poderia ensejar a cobertura de suas expectativas vendidas como esperança pelo empreendedor - quanto ao sucesso do negócio. Assim, no negócio jurídico de aquisição de espaço para instalação de atividade comercial em shopping center, não existe necessidade de constar do contrato que o empreendedor teria prometido a instalação de lojas âncoras e outras empresas de Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul grande porte para o local, eis que é da natureza do próprio contrato que a cessão de uso de uma unidade não se dá exclusivamente em troca de uma remuneração pecuniária, mas sim a de tirar proveito da organização do empreendimento, participando dos lucros obtidos por cada lojista, do que se extrai a evidência e a obviedade de que a presença no empreendimento de grandes magazines ou lojas de departamentos (lojas-âncoras) são elementos fundamentais para atração do público e, consequentemente, levando a clientela às demais lojas existentes no empreendimento. Logo, é da obrigação do empreendedor promover ampla campanha publicitária, criando condições favoráveis à exploração do comércio do lojista, objetivando tal fim comercial, esperado por ambos os contratantes. Se o empreendedor não atua com o cuidado necessário para que o empreendimento se viabilize, deixando de atrair esses grandes magazines ou lojas de departamento, e o comércio no local vem a se frustrar pela falta de público e de clientela, obrigando o lojista a encerrar suas atividades comerciais, deve responder pelos danos causados, por descumprimento de uma responsabilidade pré-contratual e ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, que lhe impõe o dever de devolver***

> ***as importâncias recebidas pela cessão do espaço, pena de enriquecimento indevido e, outrossim, de indenizar os danos materiais e morais experimentados pelo comerciante, que teve seu negócio frustrado***. *Recurso conhecido e provido."* (Apelação nº 0827959-46.2013.8.12.0001. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 28.10.2015) (grifo nosso).

Assentada, então, a responsabilidade do apelado e o direito do apelante à rescisão contratual, deve ser apurada a amplitude do direito deste às perdas e danos e à indenização por danos morais, tendo em mente que o desfazimento do negócio importa no retorno dos contraentes ao *status quo ante*.

Na inicial, o apelante pediu: (a) a imposição ao apelado das multas nos valores de R$ 7.400,00 (sete mil e quatrocentos reais) e R$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), previstas nas cláusulas 10ª e 11ª do contrato de cessão de direito de uso originário e a declaração de nulidade do parágrafo único a cláusula 11ª; e (b) a restituição de R$ 36.499,92 (trinta e seis mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e dois centavos), e de mais R$ 3.920,00 (três mil, novecentos e vinte reais), estes correspondentes às benfeitorias empregadas nas lojas.

Pois bem. Como destacado linhas atrás, os litigantes celebraram, inicialmente, dois contratos – um de cessão de direito de uso e outro de locação – e, depois, ao rescindirem estes, entabularam novos negócios jurídicos, com condições diferenciadas e mais vantajosas ao apelante.

Neste julgamento, não foi reconhecido nenhum vício ou ilegalidade em tais contratos, mas apenas o inadimplemento do apelado que, por corolário, levou à rescisão das últimas avenças, pois se já operado o distrato relativamente aos primeiros, não há o que rescindir quanto a eles.

Desta feita, considerando que foram legítimas a rescisão dos primeiros contratos e a celebração de outros, numa manifestação do princípio da autonomia privada, que assegura a liberdade contratual (todos, em princípio, são livres para decidir o que, quando e com quem contratar e, na mesma medida, quando distratar), não é legítimo ao apelante pretender beneficiar-se de cláusulas de contrato já rescindidos, que não produzem mais efeitos entre os contratantes.

Então, nesse ponto, impossível acolher o pleito exordial.

De outro lado, vale destacar que tanto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 333, inciso I) como sob a égide do novo diploma instrumental civil (artigo 373, inciso I), a regra sobre a distribuição do ônus da prova é que compete ao autor fazer prova do fato constitutivo do seu direito. A respeito, orientação desta Corte:

> *"**Para se impor o dever de reparar o dano, necessária a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, nexo causal e dano), incumbindo ao autor provar fato constitutivo do seu direito**, ao passo que ao réu compete o ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da (CPC, art. 333)"* (Apelação nº 0000207-82.2011.8.12.0008. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento 3.11.2015) (grifo nosso).

Nesse contexto, para assegurar ao apelante a restituição de valores é preciso que tenha ele demonstrado o efetivo desembolso, o que, todavia, não ocorreu relativamente à integralidade do alegado investimento de R$ 3.920,00 (três mil, novecentos e vinte reais) em benfeitorias nas lojas.

Compulsando os documentos que acompanham a inicial, principalmente os de fs. 33-39, dessome-se que o apelante despendeu R$ 1.415,00 (um mil quatrocentos e quinze reais) para viabilizar a atividade empresarial no espaço no *shopping*, de modo que somente esta importância deve ser-lhe restituída e não tudo o que pediu.

Em outro sentido, incontroverso que os apelantes, como pagamento do segundo contrato de cessão de direito de uso, valeu-se do crédito atinente à avença inicialmente pactuada, no valor de R$ 20.999,92 (vinte mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e dois centavos) (f. 44), e, em seguida, pagou mais R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais) (fs. 57 e 60-61), totalizando R$ 36.499,92 (trinta e seis mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e dois centavos), que devem ser-lhe devolvidos.

Os juros moratórios são devidos desde a citação (CPC/1973, art. 219 e NCPC, art. 240) e a correção monetária, pelo INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, no que concerne ao crédito de R$ 20.999,92 (vinte mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e dois centavos), a contar de 01 de janeiro de 2012 (data da segunda contratação), pois o apelante não comprovou quando ocorreu o efetivo desembolso; e relativamente ao restante – R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais), desde 01 de março de 2012 (quando firmado o aditivo contratual acostado à f. 57).

Dispositivo

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a sentença e, por corolário, acolher em parte os pedidos iniciais, resolvendo o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, de modo a:

a) rescindir o contrato particular de cessão de direito de uso do espaço TER H05 no *Shopping* 26 de Agosto, celebrado em 1º de janeiro de 2012 (fs. 44-46), bem assim o contrato de locação do mesmo espaço firmado em idêntica data (fs. 47-50);

b) consequentemente, condenar o apelado a restituir ao apelante as seguintes quantias: 1) R$ 765,00 (setecentos e sessenta e cinco reais), corrigida monetariamente pelo INPC a partir de 20 de agosto de 2011; 2) R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), acrescidos de atualização monetária pelo INPC desde 11 de agosto de 2011; 3) R$ 20.999,92 (vinte mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e dois centavos), atualizada monetariamente pelo INPC a contar de 01 de janeiro de 2012; e 4) R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais), acrescidos de correção monetária pelo mesmo índice desde 01 de março de 2012. Sobre tais valores incidirão juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação; e, por fim,

c) condenar o apelado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (após a atualização de todos os valores) (NCPC, art. 85, *caput* e § 2º).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 07 de junho de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800734-20.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – APURAÇÃO, PELA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE, DE IRREGULARIDADES NA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SELVÍRIA – FATOS INCONTROVERSOS – FALTA DE CONTROLE DA CARGA HORÁRIA DOS MÉDICOS E NÃO REGISTRO DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES DE VEÍCULOS UTILIZADOS PELOS SERVIDORES DO ÓRGÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DE CORREÇÃO DAS ILEGALIDADES – ÔNUS DO APELANTE – CPC, ART. 333, II, E NCPC, ART. 373, II – CONFIGURAÇÃO DE RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – CPC, ART. 269, II, E NCPC, ART. 487, III, "A" – MULTA DIÁRIA – CARÁTER COERCITIVO – LACP, ART. 11 – ARBITRAMENTO EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – IMPROVIDA.

É incontroversa a existência de irregularidades na Secretaria de Saúde do Município de Selvíria, apuradas pela Secretaria Estadual de Saúde no período compreendido entre 2009 e 2014, relativamente ao controle da carga horária dos médicos e ao registro de consumo de combustível e lubrificantes. A correção de tais ilegalidades deveria ter sido comprovada pelo apelante, pois consistente em fato impeditivo do direito alegado na inicial (CPC, art. 333, II, e CPC, art. 373, II), contudo, não o foi, de modo que não há razão para modificação a conclusão do magistrado singular quanto à procedência do pedido exordial.

Mesmo que tivessem sido adequadas todas as atividades no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, em atenção à determinação do órgão estadual, ainda assim não se poderia cogitar da rejeição dos pedidos iniciais, pois configurado, em verdade, o reconhecimento da procedência do pedido, ainda que implicitamente, o que é causa de julgamento com resolução do mérito, a teor do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil e 487, inciso III, alínea "a", do Novo Código de Processo Civil.

As *astreintes*, devido ao seu caráter coercitivo, devem ser arbitradas como forma de influenciar na vontade do demandado, para tornar efetiva a decisão judicial, o que permite sua fixação em *quantum* desvinculado do proveito pretendido com a demanda.

Em atenção ao princípio da razoabilidade e, principalmente, à aptidão da multa para compelir o apelante ao cumprimento da sentença, considerando que, embora simples a correção das irregularidades constatadas pela Secretaria Estadual de Saúde, já se passaram mais de seis anos e elas ainda não foram totalmente sanadas, reputo adequado o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia de atraso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e ratificar a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Selvíria apelou da sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, ordenando-lhe "*manter um rigoroso registro do consumo de combustível e lubrificantes dos veículos utilizados pela Secretaria de Saúde, em que haja no mínimo as seguintes informações: identificação do nome, vínculo e lotação do usuário; identificação do motorista, origem, destino, finalidade, horários de saída e de chegada e as respectivas quilometragens; bem como adequado controle de carga horária de todos os seus médicos, sob pena de multa diária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), além de eventual caracterização de crime de desobediência e ato de improbidade administrativa*" (excerto do dispositivo da sentença, f. 429).

Relatou, em síntese, que no período de 2009 a 2014, após realizadas diversas auditorias na Secretaria Municipal de Saúde, constataram algumas irregularidades e, por isso, foram expedidas recomendações pela Secretaria Estadual de Saúde, as quais já foram devidamente atendidas, consoante documentos carreados aos autos.

Insurgiu-se, também, contra a fixação de multa diária em R$ 2.000,00 (dois mil reais) para hipótese de descumprimento da ordem judicial, afirmando-a desarrazoada, desproporcional e excessiva, penalizando, em verdade, a própria sociedade.

Pediu, então, o provimento do recurso e a reforma da sentença.

Contrarrazões (fs. 443-446) pela manutenção da sentença.

Parecer ministerial (fs. 455-458) pelo improvimento do apelo.

A sentença está sujeita a reexame necessário (CPC, art. 475, I).

É o relatório. À douta revisão.

VOTO

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

De início, anoto que o recurso voluntário e o reexame necessário serão apreciados conjuntamente.

O Ministério Público deste Estado ajuizou ação civil pública em face do Município de Selvíria, porque, após auditorias realizadas pela Secretária de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul junto à Secretaria e ao Conselho Municipais de Saúde, entre os anos de 2009 e 2014, foram constatadas inúmeras irregularidades, algumas sanadas, mas persistindo a falta de controle da carga horária dos médicos e o não registro de consumo de combustível e lubrificantes de veículos utilizados pelos servidores do aludido órgão.

O pleito, consistente na regularização de tais questões, foi acolhido pela sentença, cujo dispositivo assim foi lançado:

> *"Por todo o exposto, julgo procedente a presente demanda para condenar o Município de Selvíria na obrigação de fazer consistente em manter um rigoroso registro do consumo de combustível e lubrificantes dos veículos utilizados pela Secretaria de Saúde, em que haja no mínimo as seguintes informações: identificação do nome, vínculo e lotação do usuário; identificação do motorista, origem, destino, finalidade, horários de saída e de chegada e as respectivas quilometragens; bem como adequado controle de carga horária de todos os seus médicos, sob pena de multa diária no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), além de eventual caracterização de crime de desobediência e ato de improbidade administrativa.*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Sem custas e honorário advocatícios"* (f. 429)

Adveio, então, o recurso em apreço, no qual o Município apelante afirma que as irregularidades constatadas pelas auditorias foram todas sanadas e que a multa diária arbitrada em R$ 2.000,00 (dois mil reais) deve ser reduzida, pois exorbitante.

Não assiste razão ao apelante, senão vejamos.

Quanto à alegação de correção dos defeitos apurados pela Secretaria Estadual de Saúde, duas são as razões que justificam sua rejeição.

A primeira consiste na ausência de provas corroborando a tese de regularização do controle da carga horária dos médicos e do registro de consumo de combustível e lubrificantes, porque a juntada de modelos de formulários a serem completados (fs. 402-403), por si só, sem qualquer demonstração do seu efetivo preenchimento, não atende ao pleito vestibular, tampouco aos princípios da legalidade, eficiência e moralidade administrativas.

Aliás, os documentos carreados pelo apelado posteriormente à contestação demonstram que as ilegalidades anunciadas persistiram mesmo após a propositura desta demanda, tanto que no relatório elaborado pela Coordenadoria Estadual de Controle, Avaliação e Auditoria, datado de junho de 2015, constou:

> *"Na parte relativa aos Relatório de Auditoria Ordinária nº 505/2010 (Versão Final) – Secretaria Municipal de Saúde de Selvíria, a equipe de auditores elaborou oito recomendações e, após as cinco visitas técnicas, com a finalidade de verificar o cumprimento destas recomendações, a equipe conclui no Relatório de Visita Técnica nº 2.050/2014 (SISAUD nº 655), a quinta realizada, as seguintes observações:*
>
> *Recomendação Não Atendida: Realizar controle efetivo dos médicos efetivos que não cumprem carga horária nas UPS de lotação;*
>
> *Recomendação Parcialmente Atendida: Realizar controle Interno dos Gastos com veículos, controle de odômetro, e análise de consumo de combustíveis.*
>
> *[...]*
>
> *Destaca-se que, não obstante o fato da Gerência de Acompanhamento de Auditorias, junto da Coordenação da CECAA, já ter promovido os encaminhamentos do citado relatório de auditoria, na sua versão final, no sentido de que as recomendações fossem cumpridas pelo auditado em sua totalidade, estas não o foram, como se verificou nas cinco visitas técnicas realizadas. [...]"* (fs. 415-421).

Como de sabença trivial, se o demandado alega um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado pelo demandante, compete a ele colacionar o acervo probatório respectivo, por força do disposto pelos artigos 333, inciso II, do Código de Processo Civil e 373, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, o que não foi atendido pelo apelante e, desse modo, inviabiliza a acolhida de sua irresignação.

Para ilustrar, alguns julgados acerca da rejeição da alegação não provada:

> *"[...] Cabe ao réu desincumbir-se do ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral (art. 333, II, do Código de Processo Civil)"* (TJ/MS. Apelação nº 2009.017148-5/0000-00. Primeira Câmara Cível Cível. Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgamento 11.1.2011).

> *"[...] 2.* ***Ao alegar fatos impeditivos/modificativos do direito do autor na contestação, a recorrida assumiu o ônus da prova quanto ao que sustentou, na forma do art. 333, II, do CPC****. 3. Estando incontroversos nos autos os fatos alegados e tendo os réus apresentado defesa indireta, os autores não podem ser surpreendidos com a imposição, pelo Tribunal de origem, de um ônus que antes não lhes cabia. Assim concluindo, o acórdão incorreu em violação ao art. 333, II, do CPC. 4.* ***Incumbe, portanto, aos réus o ônus de demonstrar a extensão dos fatos que impliquem modificação ou extinção do direito dos autores****. 5. Como o acórdão não examinou as demais teses defensivas, tampouco os documentos colacionados aos autos, limitando-se a entender de maneira equivocada que cabia aos autores o ônus probatório do fato extintivo arguido pelos réus, revela-se temerário adentrar a análise do mérito da presente demanda em sede de recurso especial, sob pena do STJ incorrer em ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal e do contraditório. 6. Superada a questão do ônus probatório, cabe, portanto, ao Tribunal de origem solucionar a controvérsia, aplicando o direito à espécie, sob o risco de o STJ transformar-se em juízo ordinário ou de 'terceira instância' julgadora. 6. Recurso especial parcialmente provido"* (STJ. REsp 1261311/CE. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicação DJe 26.4.2012) (grifo nosso).

A segunda razão que justifica a manutenção da sentença é: mesmo que tivessem sido adequadas todas as atividades no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, em atenção à determinação do órgão estadual, ainda assim não se poderia cogitar da rejeição dos pedidos iniciais, pois configurado, em verdade, o reconhecimento da procedência do pedido, ainda que implicitamente, o que é causa de julgamento com resolução do mérito, a teor do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil e 487, inciso III, alínea "a", do Novo Código de Processo Civil.

Acerca do reconhecimento jurídico do pedido, os mestres Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

> *"Ato privativo do réu, consiste na admissão de que a pretensão do autor é fundada e, portanto, deve ser julgada procedente. Seu objeto é, portanto, o direito. Pode ser parcial ou total, tácito ou expresso. Somente pode ocorrer quanto a direitos disponíveis e, se regular e correto na forma, implica necessariamente a extinção do processo com resolução do mérito, de procedência do pedido"* (*apud* Código de Processo Civil Comentada e Legislação Extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 539).

Portanto, sendo incontroversa a existência de irregularidades na Secretaria de Saúde do Município de Selvíria, relativamente ao controle da carga horária dos médicos e ao registro de consumo de combustível e lubrificantes, e não tendo sido demonstrada a correção delas mesmo após movida esta demanda, não há razão para modificação a conclusão do magistrado singular quanto à procedência do pedido inicial.

Por outro lado, no tocante à multa cominatória para a hipótese de descumprimento da decisão judicial, melhor sorte não assiste ao apelante.

O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/1985) prescreve que:

> *"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".*

Discorrendo sobre o artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, que possui comando análogo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero lecionam:

> *"É possível a aplicação de multa coercitiva para constranger ao cumprimento de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor a observância de um fazer ou não-fazer. É possível aplicar multa coercitiva para outorgar efetividade à tutela antecipatória, à tutela cautelar ou a tutelas finais"* (*apud* Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 429).

As *astreintes*, devido ao seu caráter coercitivo, devem ser arbitradas como forma de influenciar na vontade do demandado, ainda que seja Fazenda Pública, para tornar efetiva a decisão judicial, o que permite sua fixação em *quantum* desvinculado do proveito pretendido com a demanda.

Com efeito, deve a multa cominatória ser estabelecida em montante suficiente para fazer com que o demandado prefira cumprir a determinação judicial, levando-se em consideração, para tanto, sua capacidade econômica.

Neste sentido, vejamos alguns julgados:

> *"[...] A multa diária fixada serve para coagir o devedor a cumprir a determinação judicial, assegurando o efeito prático da sentença. Por essa razão, pode ser fixado valor elevado. [...]"* (TJ/MS. Apelação nº 2003.013201-5/0000-00. Quarta Turma Cível. Relator Des. Rêmolo Letteriello. Julgamento 2.3.2004).

> *"[...] 1.* ***Inexiste qualquer impedimento quanto a aplicação da multa diária cominatória, denominada astreintes, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer.*** *Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes. 3. Recurso especial provido"* (STJ. REsp 1360305/RS. Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon. Publicação DJe 13.6.2013) (grifo nosso).

Desta feita, em atenção ao princípio da razoabilidade e, principalmente, à aptidão da multa para compelir o apelante ao cumprimento da sentença, considerando que, embora simples a correção das irregularidades constatadas pela Secretaria Estadual de Saúde, já se passaram mais de seis anos e elas ainda não foram totalmente sanadas, reputo adequado o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia de atraso.

Finalmente, corroborando esta conclusão, vejamos excerto do parecer do culto Procurador de Justiça:

> *"Logo, não obstante o caráter patrimonial da norma, fica claro que o escopo legal é utilizar-se do meio coercitivo para obrigar o devedor a cumprir a determinação judicial, em busca da concretização da tutela específica.*
>
> *De tais premissas, evidente que não há excesso no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), já que se trata de ente público, sendo assim adequado às peculiaridades do caso concreto, pelo que estimula o 'devedor' a adimplir as obrigações.*

> *Portanto, considerando os atos administrativos trazidos à discussão, e de onde se origina o pretenso direito invocado pelo Apelante, foram levados a cabo ao arrepio das normas constitucionais da Administração Pública, imperiosa a manutenção da decisão objurgada, na medida em que as soluções por ela apresentadas, refletem o melhor desfecho para o caso"* (fs. 457-458).

A apelação, então, deve ser improvida.

Dispositivo

Posto isso, com o parecer ministerial, nego provimento à apelação e, no tocante ao reexame necessário, confiro à sentença condição de eficácia para que surta seus efeitos legais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e ratificaram a sentença, 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, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 05 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402597-88.2016.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA – REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC REVOGADO E DA PORTARIA Nº 1/2015 DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE IMÓVEL PÚBLICO – AGRAVANTES, TERCEIROS ESTRANHOS AO PROCESSO, NÃO DEMONSTRARAM DIREITO DE USO E OCUPAÇÃO DO BEM – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – IMPROVIDO.

O deferimento de medida liminar na ação de reintegração de posse em tela exige o atendimento dos requisitos elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil de 1973 (a saber, a posse do autor e a superveniente perda, bem assim o esbulho e sua data) e das especificidades trazidas pela Portaria nº 1/2015, que disciplina a ocupação e o uso do imóvel público denominado "*Shopping* Popular".

Este último ato normativo condiciona o direito de ocupação e uso das lojas à submissão dos interessados a certame púbico. Não observado esse procedimento, utilização do bem é ilegal e caracteriza o esbulho possessório.

Pelos documentos juntados aos autos demonstra-se a irregular ocupação da área pelo requerido, o qual foi regularmente notificado para desocupá-la, mas não o fez, exigindo a intervenção jurisdicional. Os agravantes, a seu turno, embora afirmem-se "legítimos possuidores" da área, nenhum documento trouxeram ao processo comprovando sua alegação. Logo, deve ser mantida a decisão que concedeu a tutela provisória de reintegração de posse em favor do Município agravado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Rita de Cássia Sampaio dos Santos e Divino Silvano de Carvalho Pereira agravaram da decisão que concedeu a medida liminar pleiteada no bojo da ação de reintegração de posse movida pelo Município de Três Lagoas contra Divino Sampaio dos Santos.

Relataram, em síntese, que a primeira agravante é legítima cessionária o imóvel objeto da demanda, a despeito disso foi determinada a desocupação dele, que estaria sendo ocupado irregularmente pelo requerido. Em verdade, a primeira agravante ocupa a loja 37 no "*Shopping* Popular", ao passo que a disputa judicial refere-se ao box 36, daí a inépcia da inicial.

Salientaram, na sequência, que "*o Demandado na Ação Possessória – Silvano Sampaio – não tem a qualidade necessária para figurar como Réu na Ação. Ele não é o Cessionário do Box, 37 e nem do Box 36, depois da Emenda da Inicial, logo, é patente o erro da Agravada que sequer tem o controles de seus reais Cessionários*" e "*a aqui Agravante Rita de Cássia Fontes é quem deveria figurar no polo passivo da Lide, dada a sua qualidade de Cessionária do Box 37, tal qual a vasta documentação*" (f. 04) [*sic*].

Por fim, requereram a atribuição de efeito suspensivo ao agravo e seu provimento, para reformar a decisão e, assim, indeferir a tutela provisória.

Foram juntados documentos às fs. 08-64.

Recebido o agravo apenas no efeito devolutivo, ordenaram-se as providências dos incisos IV e V do artigo 527 do Código de Processo Civil de 1973 (fs. 66-67).

O agravado apresentou contraminuta (fs. 71-74), rebatendo as razões do recurso e defendendo a manutenção da decisão agravada, ao passo que o magistrado singular prestou suas informações à f. 75.

VOTO

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

Analisando com acuidade os documentos que instruem este agravo, dessome-se que o magistrado singular agiu com acerto ao conceder a tutela provisória pleiteada pelo Município de Três Lagoas no bojo da demanda reintegratória de posse, vez que presentes os requisitos legais e não comprovado que os agravantes, terceiros estranhos à relação jurídica processual, sejam realmente legítimos cessionários da loja 37 (box 37) na área denominada "*Shopping* Popular" ou "Camelódromo".

Frise-se que o deferimento de medida liminar na ação de reintegração de posse em tela exige o atendimento dos requisitos elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil de 1973 (a saber, a posse do autor e a superveniente perda, bem assim o esbulho e sua data) e das especificidades trazidas pela Portaria nº 1/2015, que disciplina a ocupação e o uso do imóvel público em questão.

Este último ato normativo (cuja cópia está acostada às fs. 21-23) condiciona o direito de ocupação e uso das lojas à submissão dos interessados a certame púbico. Não observado esse procedimento, utilização do bem é ilegal e caracteriza o esbulho possessório.

Pelos documentos juntados às fs. 24-25 demonstra-se a irregular ocupação do "box 37" pelo requerido, Divino Sampaio dos Santos, o qual foi regularmente notificado para desocupá-lo, mas não o fez, exigindo a intervenção jurisdicional. Os agravantes, a seu turno, embora afirmem-se "legítimos possuidores" da área, nenhum documento trouxeram ao processo comprovando sua alegação.

É certo que se a eles houvesse sido outorgado o direito de ocupação e uso, teriam se submetido ao mencionado certame e formalizado o vínculo jurídico com o agravado, existindo prova suficiente de tais

fatos. Contudo, nada há nos autos nada nesse sentido, não servindo como prova os boletos carreados às fs. 59-62, pois neles não consta nenhuma informação sobre o direito dos agravantes a uma loja específica no "*Shopping* Popular", objeto único de discussão neste agravo.

Nessa vertente, em virtude da previsão contida no artigo 1.196[1], pode-se verificar que o Código Civil adotou, no que tange à posse, a teoria objetiva, de Rudolf Von Ihering, que a define como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade. Ou seja, somente pode ser objeto de "posse" aquele imóvel que seria suscetível também à propriedade.

Entretanto, em decorrência da previsão do artigo 183, § 3º[2], da Constituição da República, em relação aos imóveis públicos, o particular jamais exerce poderes de propriedade, já que ele é imprescritível, ou seja, não pode ser objeto de prescrição aquisitiva (usucapião).

Destarte, o particular nunca poderá ser considerado possuidor de área pública, senão mero detentor. Por não ser possível a posse do bem público pelo particular, que configura mera detenção, a administração pública pode, a qualquer tempo, buscar a retomada do bem por meio da ação possessória adequada.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça perfilha do mesmo entendimento, segundo o qual, em sendo caso de ocupação irregular de área pública, não pode ser reconhecida posse, mas sim mera detenção, sendo plenamente cabível a ação possessória para fazer desocupar de bem público quem o detinha de forma irregular, a saber:

> *"[...]* ***Particular não exerce posse sobre bem público, restando caracterizada mera detenção, que não legitima proteção possessória.*** *[...]"* (AgRg no REsp 1190693/ES. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicação DJe 23.11.2012) (grifo nosso) .

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *"[...] Na esteira do Superior Tribunal de Justiça, a ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. Assim, estando devidamente comprovados a posse, mediante prova do domínio e o esbulho praticado pelo particular, tem-se como satisfeitos os requisitos do art. 927 do CPC. [...]"* (Apelação nº 0800531-47.2013.8.12.0015. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Eduardo Machado Rocha. Julgamento 27.1.2015).

Portanto, comprovada a ocupação irregular do bem público por Divino Sampaio dos Santos e, por outro lado, não havendo prova do direito afirmado pelos agravantes, deve ser mantida a decisão recorrida, que concedeu a tutela provisória de reintegração de posse.

Finalmente, releva consignar, como destacado quando indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo, que a ordem de desocupação é destinada ao requerido, Divino Sampaio dos Santos, logo, se os agravantes realmente são legítimos cessionários da área disputada, a decisão judicial a eles somente beneficia, pois a ilegal ocupação do box 37 não tem o condão de afetar legítimo vínculo jurídico com o Município, se efetivamente existir. Destarte, poderia-se afirmar que os agravantes sequer têm interesse recursal.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

1 "Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade."

2 "Art. 183, § 3º: Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0019905-32.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE EQUIPAMENTOS E OUTROS PEDIDOS – RECURSO DO AUTOR – CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE MARCA, FORNECIMENTO DE PRODUTOS E OUTROS – FACULTATIVIDADE NO DISTRATO – CONCORDÂNCIA DO REVENDEDOR/RÉU – DISTRATO NÃO FORMALIZADO – CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE – OBRIGAÇÃO DE ADQUIRIR, EXCLUSIVAMENTE, PRODUTOS DA EMPRESA ALVO – ALEGAÇÃO DE QUEBRA CONTRATUAL – NÃO COMPROVAÇÃO – PROVAS NÃO CONTUNDENTES E BASEADAS EM PRESUNÇÕES – NÃO COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE OUTRAS DISTRIBUIDORAS – INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I DO CPC – DESCABIMENTO DE MULTA COMPENSATÓRIA – CONTRATO EM PLENO VIGOR – DESCABIMENTO DO PAGAMENTO DE ALUGUEL DIÁRIO PELOS EQUIPAMENTOS DADOS EM COMODATO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece um critério na distribuição do ônus da prova, a qual incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, produzindo prova acerca da matéria fática que alega em sua petição inicial.

Se o autor propõe a ação de rescisão contratual alegando culpa do réu no descumprimento de cláusula contratual sob o argumento de que este infringiu cláusula de exclusividade ao adquirir produtos de outras distribuidoras, tem a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo e de provar em juízo referido fato, a saber, o evento danoso, a culpa e o nexo de causalidade, na medida em que é vedado ao juiz considerar circunstâncias que não resultem de fato provado ou que resultem de provas baseadas em presunções e hipóteses.

Em não sendo comprovada a culpa do réu no inadimplemento das obrigações, é patente o descabimento do pagamento pela multa compensatória.

Não tendo havido a resolução, nem mesmo a rescisão contratual, descabido é o pagamento do aluguel diário dos equipamentos dados em comodato.

Recurso conhecido e improvido.

APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO RÉU – CONTRATO DE ANTECIPAÇÃO DE BONIFICAÇÃO EM VIGOR – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* – RESCISÃO CONTRATUAL NÃO FORMALIZADA – DESCARACTERIZAÇÃO DA MARCA, NOME COMERCIAL E CORES DA EMPRESA ANTES DA RESCISÃO CONTRATUAL – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – CABIMENTO DE RESTITUIÇÃO DA BONIFICAÇÃO ANTECIPADA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA MANTIDA – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Cláusulas inseridas no contrato e que foram pactuadas dentro dos limites legais, imperando, sobremaneira, o princípio da força obrigatória, devem ser mantidas, em homenagem aos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

Tendo o contrato disposto que o desfazimento da identificação visual do posto de serviço, com a retirada da marca, nome comercial e combinação de cores, somente poderia se dar em havendo a resolução contratual ou rescisão e, restando comprovado que o referido contrato estava em pleno vigor, averigua-se infração à cláusula contratual que enseja a restituição da bonificação antecipada.

Manutenção da sucumbência recíproca admitindo-se a compensação e a consequente extinção da obrigação, na medida em que a compensação dos honorários advocatícios no caso de sucumbência recíproca é permitida pela lei.

Recurso conhecido e 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, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de junho de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de dois recursos de apelação, um interposto por Petrobras Distribuidora S.A. (fls. 396-404) e outro por Auto Posto Mutum Ltda. e João Alfredo Danieze (fls. 441-421), insurgindo-se contra a sentença do MM. Juiz substituto da 7ª Vara Cível de Campo Grande/MS, Dr. Valter Tadeu Carvalho (fls. 360-378), proferida na ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse de equipamentos que julgou extinta sem resolução do mérito a reconvenção, declarou a rescisão contratual, determinou a reintegração de posse dos equipamentos, bem como condenou os requeridos, solidariamente, ao pagamento da bonificação no importe de R$ 147.027,00 e, ainda, a improcedência do pedido de condenação dos réus ao pagamento da multa prevista na cláusula 10.2 do contrato.

Petrobras Distribuidora S.A., rebate, em resumo, a conclusão do magistrado sentenciante, aduzindo que os apelados/requeridos reconheceram na contestação a aquisição de combustíveis de outras distribuidoras e, que por este motivo, deram causa à rescisão contratual, na medida em que a comercialização simultânea de combustíveis fornecidos pela apelante/requerente e pela concorrência, enseja infração à exclusividade preconizada no item 2.3.1 do contrato de fornecimento de produtos. Diante da referida confissão na contestação, alega ser prescindível a formulação de provas por parte da apelante/requerente, conforme dispõe o artigo 334 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, sendo reconhecido a culpa dos apelados na quebra do pacto mercantil, estes devem ser condenados, juntamente com os garantidores fidejussórios, ao pagamento da multa contemplada no item 10.2 da referida avença.

Ainda, pugna pelo pagamento do aluguel diário pela utilização indevida de equipamentos cedidos em comodato ao argumento de que há previsão expressa no contrato no sentido da rescisão imediata da avença no caso de descumprimento.

Requer a condenação integral da ré nos encargos da sucumbência e, em não sendo acolhido as teses levantadas em sede de apelação, requer que o ônus da sucumbência seja redistribuído de forma proporcional.

Em contrarrazões (fls.443-446), o apelado/requerido pugna pelo improvimento do recurso e requer a manutenção da decisão do juízo *a quo*.

Auto Posto Mutum Ltda. e João Alfredo Danieze**,** por sua vez, requerem o afastamento da condenação à restituição da bonificação, bem como o afastamento da compensação dos honorários com a aplicação da proporcionalidade da verba sucumbencial, com a distribuição dos ônus de forma correta e sem compensação.

Em contrarrazões (fls.429-437), o apelado/requerente pugna pelo improvimento do recurso e requer a manutenção da decisão do juízo *a quo*.

VOTO (EM 25.05.2016)

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

Trata-se de dois recursos de apelação, um interposto por Petrobrás Distribuidora S.A. (fls. 396-404) e outro por Auto Posto Mutum Ltda. e João Alfredo Danieze (fls. 411-421), insurgindo-se contra a sentença do MM. Juiz substituto da 7ª Vara Cível de Campo Grande/MS, Dr. Valter Tadeu Carvalho (fls. 360-378), proferida na ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse de equipamento.

A autora justifica sua legitimidade para figurar no polo ativo argumentando que os contratos objetos desta demanda foram firmados entre os réus e a empresa Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda., sucedida, em última instância, pela requerente.

Infere-se do caderno processual que na data de 05.12.2008 a empresa ré firmou com a empresa Alvo contrato de cessão de uso de marca, fornecimento de produtos e outros pactos e, também, contrato de antecipação de bonificação, sendo que na primeira avença, foram pactuadas a aquisição com exclusividade de 1.080.000 litros de gasolina comum, 11.520.000 litros de óleo diesel comum e 720.000 litros de álcool hidratado no prazo de 36 meses, bem como o comodato dos equipamentos necessários à comercialização dos referidos produtos e que, posteriormente, foi celebrado um segundo contrato referente à antecipação da bonificação de R$ 170.000,00 para auxiliar o revendedor a atingir os objetivos pactuados no contrato de fornecimento de produtos.

Ocorre que, conforme alegado, por força de determinação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Alvo foi obrigada a facultar o distrato dos contratos vigentes com postos situados nos municípios indicados pelo conselho, sendo que, por este motivo, enviou uma correspondência à empresa ré, na data de 03.02.2009, na qual facultava a realização do distrato dos contratos firmados.

Diante deste quadro, menciona que o revendedor, ora empresa ré, manifestou o seu interesse em celebrar o distrato através de carta enviada à autora em 16.06.2009, sendo que, a partir de então, mesmo sem a formalização do distrato, passou a infringir a exclusividade pactuada, adquirindo combustíveis de outras distribuidoras, valendo-se dos equipamentos cedidos em comodato pela autora. Menciona que na data de 07.08.2009 notificou a empresa ré para cumprir as condições do distrato; contudo nenhuma resposta houve.

Por fim, de acordo com o alegado, tendo em vista a quebra da cláusula de exclusividade e utilização indevida dos equipamentos cedidos em comodato, requereu a reintegração na posse dos equipamentos cedidos em comodato, bem como a rescisão contratual por culpa exclusiva da ré, sua condenação ao pagamento da multa compensatória prevista no item 10.2 do Contrato de cessão de uso da marca, fornecimento de

produtos e outros pactos; dos aluguéis diários pela utilização indevida dos equipamentos previstos no item 11.1.1 da referida avença e da restituição da antecipação de bonificação antecipada prevista na cláusula terceira do contrato de antecipação de bonificação. Com a inicial trouxe os documentos de fls. 15-88.

Conforme determinação judicial (f. 89), foi apresentado emenda à inicial de fls. 92-93 na qual formula pedido certo e determinado de pagamento de multa compensatória (R$ 993.037,50), do aluguel diário dos equipamentos (R$ 120.413,68) e da devolução proporcional da bonificação antecipada (R$ 147.027,00), corrigindo o valor da causa para R$ 1.260.478,18.

O pedido de antecipação de tutela fora indeferido (fls. 101-103), sendo que contra esta decisão a autora interpôs Agravo de Instrumento, vindo a desistir do recurso (fl. 325).

Contestação (fls. 156-163) e reconvenção (fls. 147-149) foram apresentadas tempestivamente.

Em sede de contestação relata que para a autora reduzir sua participação no mercado, conforme orientação do CADE, passou a impor práticas mercantis abusivas para dificultar o distrato, como por exemplo a fixação de prazos exíguos para devolução dos equipamentos, preços extorsivos etc. Mencionou que no momento em que optaram pelo distrato providenciaram a descaraterização da marca Ipiranga, quitaram os débitos e deram início a retirada gradativa das bombas e tanques de combustíveis, concluídos no prazo de 6 (seis) meses, sendo que contrataram empresa especializada para a remoção e avaliação do passivo ambiental. Ocorre que, na oportunidade da entrega dos equipamentos, houve a recusa por parte da autora sob o argumento de que as empresas que participaram da remoção e relatório de passivo ambiental não eram credenciadas junto à Petrobras.

Pugnam pela inexistência de culpa dos réus na medida em que retiraram todos os equipamentos cedidos em comodato e, ainda, a empresa ré adquiriu combustíveis da autora durante o período em que utilizou seus tanques e equipamentos, isto é, até dezembro de 2009. Por fim, insurge-se contra o cálculo da multa vez que adquiriu volume de litros muito superior ao informado à fl. 84 de dezembro/2008 a dezembro/2009 e, também, contra a devolução da bonificação sob o argumento de que não deram causa ao distrato e cumpriram com os requisitos pré-estabelecidos.

Impugnação à contestação às fls. 299-306.

Em sede de reconvenção os réus mencionam que tentaram devolver os equipamentos à Reconvinda, conforme notas fiscais de n°s. 00521, 00522 e 00533, mas estes não foram recebidos sob o argumento de que o relatório de remoção de tanques com investigação de passivo ambiental não havia sido elaborado por empresa idônea homologada pelas compromissarias. Defendem que tal exigência não tem amparo contratual.

Requerem a consignação em juízo dos equipamentos (tanques e bombas de combustível, totem e placas de preço), bem como dos demais equipamentos objeto do comodato, objetivando a liberação na entrega dos equipamentos previstos contratualmente, além de reconhecer a ilegalidade da exigência contida no termo de compromisso de desempenho (TCD), reconhecendo que a recusa deu-se de forma abusiva e infundada.

A autora/reconvinda contestou à reconvenção às fls. 293-298.

Os réus apresentaram impugnação à contestação e ao pedido reconvencional às fls. 331-338.

Na sentença (fls. 360-378) o douto magistrado julgou extinta sem resolução do mérito a reconvenção, declarou a rescisão contratual, determinou a reintegração de posse dos equipamentos, bem como condenou os requeridos, solidariamente, ao pagamento da bonificação no importe de R$ 147.027,00 e, ainda, a improcedência do pedido de condenação dos réus ao pagamento da multa prevista na cláusula 10.2 do contrato.

Petrobras Distribuidora S.A. apelou aduzindo que os apelados/requeridos reconheceram na contestação a aquisição de combustíveis de outras distribuidoras e, que por este motivo, deram causa à rescisão contratual, na medida em que a comercialização simultânea de combustíveis fornecidos pela apelante/requerente e pela concorrência, enseja infração à exclusividade preconizada no item 2.3.1 do contrato de fornecimento de produtos. Diante da referida confissão na contestação, alega ser prescindível a formulação de provas por parte da apelante/requerente, conforme dispõe o artigo 334 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, sendo reconhecido a culpa dos apelados na quebra do pacto mercantil, estes devem ser condenados, juntamente com os garantidores fidejussórios, ao pagamento da multa contemplada no item 10.2 da referida avença.

Ainda, pugna pelo pagamento do aluguel diário pela utilização indevida de equipamentos cedidos em comodato ao argumento de que há previsão expressa no contrato no sentido da rescisão imediata da avença no caso de descumprimento.

Requer a condenação integral da ré nos encargos da sucumbência e, em não sendo acolhido as teses levantadas em sede de apelação, requer que o ônus da sucumbência seja redistribuído de forma proporcional.

Em contrarrazões (fls.443-446), o apelado/requerido pugna pelo improvimento do recurso e requer a manutenção da decisão do juízo *a quo*.

Auto Posto Mutum Ltda. e João Alfredo Danieze, por sua vez, requer o afastamento da condenação à restituição da bonificação, bem como o afastamento da compensação dos honorários com a aplicação da proporcionalidade da verba sucumbencial, com a distribuição dos ônus de forma correta e sem compensação.

Em contrarrazões (fls.429-437), o apelado/requerente pugna pelo improvimento do recurso e requer a manutenção da decisão do juízo *a quo,* na parte objeto desse recurso.

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. No entanto, a sentença em voga foi publicada em 28 de agosto de 2014, ou seja, sob à égide do Código anterior, de sorte que a referida norma processual (Lei n. 5.869/1973) continua aplicável para o julgamento desta apelação.

Estando presentes os pressupostos legais para a admissibilidade do recurso: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, passo a análise das apelações.

Destaque-se, inicialmente, que o conflito de interesses origina-se do contrato de cessão de uso da marca, fornecimento de produtos e outros pactos com o revendedor firmado em 05/12/2008. (f. 50-57)

Infere-se do caderno processual que ambas as partes querem a rescisão do referido contrato, divergindo apenas quanto à culpa pela quebra contratual e consectários respectivos decorrentes da culpa.

Pois bem. Para melhor elucidação, passo a análise dos recursos em separado.

Do recurso da autora Petrobrás

Os fundamentos da apelante/requerente para reforma do *decisum* restringem-se na alegação de culpa por parte do apelado/requerido na rescisão contratual tendo em vista que, conforme alegado, restou comprovado que foram adquiridos combustíveis de outras distribuidoras, infringindo cláusulas de exclusividade do contrato.

Para tanto, juntou o contrato com as referidas cláusulas de exclusividade (fls. 50-57), bem como uma planilha (f. 85) que demonstram a quantidade de produtos adquiridos pelo revendedor/apelado, assim como os respectivos períodos de aquisição e, ainda, junta uma nota fiscal (f. 86) que, segundo o apelante/requerente, tem a finalidade de comprovar o funcionamento do posto de gasolina em fev/2010, mês em que supostamente não houve aquisição de produtos da apelante/requerente.

Da análise do conjunto probatório trazido aos autos, tenho que tal alegação não merece prosperar.

Explico.

Da alegação de quebra contratual. Ausência de provas contundentes.

As partes firmaram um "*Contrato de Cessão de Uso da Marca, Fornecimento de Produtos e outros Pactos com o Revendedor*" (fls.50-57) na data de 05.12.2008. Posteriormente, em 03.02.2009, por determinação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o apelante/requerente enviou uma correspondência ao apelado/requerido facultando-lhe o distrato do referido contrato (fls. 77-78).

Foi então que na data de 19.06.2009 o apelado/requerido manifestou-se pelo interesse no referido distrato. Iniciou-se, a partir desta data, a insurgência do apelante/requerente no que tange à quebra da cláusula contratual de exclusividade.

Pois bem. É incontroverso que embora tenha sido aceito o distrato, não houve a formalização do mesmo, nem mesmo foram atendidas às condições impostas pelo apelante/requerente para que o distrato fosse possível.

Pelo fato do não cumprimento das condições impostas para o cumprimento do distrato, o requerente encaminhou uma notificação extrajudicial (fls.80-84) na data de 01.08.2009, concedendo um prazo de 15 (quinze) dias para devolução dos equipamentos, bem como para realizar a devolução proporcional da bonificação concedida.

Ocorre que, em sede de apelação, o apelante/requerente em nada menciona a respeito do descumprimento dos referidos requisitos para o distrato e, por este motivo, verifico que a real intenção do apelante/requerente é a imputação da culpa pela rescisão contratual ao apelado/requerido, sob o fundamento de que este infringiu cláusula contratual de exclusividade, nada mais.

Neste compasso, estando a questão restrita à utilização ou não dos equipamentos fornecidos pelo apelante/requerente para o armazenamento e revenda de produtos de fornecidos por outras distribuidoras, ensejando, portanto, infração às cláusulas contratuais de exclusividade, passo a análise do conjunto probatório para dirimi-la.

Compulsando às cláusulas contratuais, verifico diversas disposições em que é prevista a exclusividade na aquisição de produtos da empresa Alvo, que era a contratante originária, posteriormente repassado o contrato à Petrobrás. Vejamos algumas cláusulas neste sentido:

> *"1.1.3 A aquisição e revenda, com exclusividade, pelo revendedor, dos produtos fornecidos pela ALVO."*
>
> *"2.3.1 Adquirir, exclusivamente da ALVO, produtos combustíveis, óleos lubrificantes e graxas, para revenda no Posto de Serviços;"*
>
> *"2.3.3 Somente manter e vender no Posto de Serviço produtos fornecidos pela ALVO, obrigando-se ainda, a não adquirir ou revender produtos idênticos, análogos ou similares de outras fontes supridoras, salvo quando prévia e expressamente autorizada pela ALVO."*

Observo constar expressamente no contrato em discussão a obrigação do revendedor/requerido comercializar apenas os produtos do apelante/requerente. Prevalece, por evidência, o princípio do *"pacta sunt servanda"* na medida em que todos os encargos e obrigações foram previamente fixados, e foi aderido pela parte ré por mera liberalidade, dentro dos princípios da liberdade de contratar e da autonomia de vontade.

Ocorre que, não basta estar previsto no contrato, é cediço que ao autor incumbe comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

Neste sentido, assinalo que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131 do CPC, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.

Assim sendo, a alegação da quebra contratual de cláusula de exclusividade deveria ter sido instruída com provas contundentes, capazes de comprovar os fatos constitutivos do direito do apelante/requerente, o que não ocorreu. Da análise do conjunto probatório verifico que as provas não passam de meras suposições que em nada auxiliam na confirmação de que houve, de fato, infração à cláusula de exclusividade, não tendo o apelante conseguido desempenhar seu encargo probatório, ônus que lhe incumbia, nos termos do inciso I, do artigo 333, do CPC.

Ora, o recorrente com base em uma tabela (f.85) produzida unilateralmente, na qual dispõe as quantidades de produtos adquiridos pelo apelado/requerido (Gasolina Comum; Diesel Comum e Álcool) e os respectivos períodos de tempo em que ocorreu as aquisições, quer fazer crer que o apelado/requerido não adquiriu nenhum produto da empresa Alvo, ora apelante, no período de 11/2009 a 01/2010.

Ainda, visando comprovar que o posto de gasolina estava em funcionamento no período de tempo em que não houve aquisição de produtos da empresa Alvo/requerente, o recorrente junta uma nota fiscal datada de 06.02.2010, para fazer crer que estando o posto em funcionando é porquê, certamente, estava a adquirir produtos de outros distribuidores enquanto utilizavam-se de equipamentos da apelante/requerente, em nítida infração à cláusula de exclusividade.

Diante de tais provas, restou evidenciado que o apelante/requerente deixou de comprovar os fatos alegados, buscando respaldo apenas em deduções e presunções incapazes de caracterizar a culpa do apelado/requerido.

Ademais, Moacyr Amaral Santos, em doutrina a que me filio, afirma que "*o ônus da prova incube tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado"*. Citando Mortara, o ilustre autor aduz que "*o critério da distribuição resulta do interesse da prova. Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção".*

Em seguida, ao transcrever o entendimento de Chiovenda sobre o tema, aponta que *"às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento*". Para ele, o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados *judicet secundum allegata e probata; quod non est in actis non est in mundo.*

Logo, se o apelante/requerente não logrou êxito em colaborar para a boa formação do material probatório e resolveu assumir os riscos inerentes à ausência de provas cabais de suas alegações, terá de suportar as consequências de um julgamento desfavorável, pois a alegação de culpa na rescisão contratual

pela quebra da cláusula de exclusividade deixou de ser respaldada em provas satisfatórias para a elucidação da divergência aqui instalada.

Portanto, não tendo o autor, ora apelante, conseguido produzir prova firme de que houve a aquisição de produtos de outras distribuidoras no mesmo período de utilização dos equipamentos cedidos em comodato, não se revela possível caracterizar a culpa do apelado/requerido pela rescisão contratual por fatos não comprovados.

Da multa compensatória

A pretensão do apelante/requerente ao recebimento da multa compensatória baseia-se na cláusula 10.2 do contrato, que dispõe:

> *"A parte inocente poderá, a seu critério, não exercer as prerrogativas que lhe concede a cláusula 10.1 e requerer as perdas e danos decorrentes do descumprimento contratual. Nesta hipótese, o contrato ficará rescindido de plano direito, devendo a parte infratora pagar a multa compensatória que, em vista do cumprimento parcial do contrato, será calculada na base da multiplicação das quantidades que deixaram de ser adquiridas, para o integral cumprimento deste contrato, pelo valor correspondente a 5% (cinco) por cento do preço do litro de cada produto, em vigor na data do último fornecimento feito pela ALVO ao revendedor. A partir da referida data, a multa será atualizada monetariamente, incidindo juros de 1% ao mês sobre o principal corrigido, até o efetivo pagamento."*

Veja-se que o cabimento de referida multa tem como pressuposto o descumprimento contratual.

Tendo sido amplamente explanado, não restou comprovado tal descumprimento por parte do apelado/requerido, consequentemente, resta descabida a aplicação da multa compensatória na medida em que o contrato permanecia em pleno vigor.

Do aluguel diário dos equipamentos cedidos em comodato

A pretensão do apelante/requerente ao recebimento do aluguel dos equipamentos baseia-se na cláusula 11.1 do contrato, que dispõe:

> *"Findo ou rescindido o presente contrato, o revendedor obriga-se a:*
>
> *11.1.1. Devolver os equipamentos que estiverem em seu poder, entregando-os no estabelecimento da ALVO sob pena de pagamento, até a sua efetiva devolução, de um aluguel diário correspondente a duzentas vezes o preço em vigor na data do último fornecimento efetuado pela ALVO ao revendedor, do litro do combustível de maior venda".*

Veja-se que o cabimento do referido aluguel tem como pressuposto a resolução do contrato ou sua rescisão.

Sabendo-se que o distrato não foi formalizado, não havendo a efetiva rescisão contratual, é incabível o pagamento do referido aluguel tendo em vista que o contrato ainda vigorava.

Vale ressaltar que o apelado/requerido juntou os comprovantes de pagamento (fls. 225-288) em que comprova a aquisição de produtos do apelante/requerente do mês de Dez/2008 a Dez/2009, bem como comprova a remoção dos equipamentos dados em comodato no mês de Dez/2009, conforme relatórios de fls. 169-219.

Com base em tais informações, a aquisição de produtos do apelante/requerente até o momento em que se efetivou a retirada dos equipamentos, somados ao fato de ausência de rescisão contratual, coaduna-se com a tese do descabimento do pagamento do aluguel dos equipamentos.

Do Recurso do Réu

Da bonificação antecipada

Os fundamentos do apelante/requerido para reforma do *decisum* residem na alegação de que não é devida a condenação ao pagamento da restituição da bonificação antecipada na medida em que não deu causa ao distrato. Pugna pelo descabimento de tal incumbência.

Tenho que razão não lhe assiste. Vejamos.

Constata-se que o contrato de antecipação de bonificação fora firmado entre as partes na data de 05.12.2008 (fl.58-60) e, que, se destina a:

> *"Cláusula 1.1. A ALVO concede antecipadamente ao Revendedor uma bonificação no valor indicado no campo 14, que lhe é entregue neste ato pelo cheque indicado no campo 15, obrigando-se o revendedor a aplicá-la na ampliação e desenvolvimento das atividades exercidas no posto de serviços que ostenta a marca, nome comercial e combinação de cores, indicados pela ALVO, e que se destina à revenda de produtos combustíveis, automotivos e lubrificantes, assim como outras mercadorias, todos comercializados pela ALVO."*

Ainda, já em relação às hipóteses de devolução da referida bonificação o contrato prevê:

> *"2.1. A bonificação deverá ser proporcionalmente devolvida se o revendedor e/ou garantidores:*
>
> *2.1.1. Deixarem de pagar quaisquer débitos contraídos junto à ALVO;*
>
> *2.1.2. Descumprirem, no todo ou em parte, quaisquer cláusulas e/ou condições do presente instrumento;*
>
> *2.1.3. Destinarem ou usarem o imóvel, benfeitorias e equipamentos para outros fins que não o de Posto de Serviços;*
>
> *2.1.4. Violarem quaisquer cláusulas ou condições dos contratos assinados com a ALVO;*
>
> *2.1.5. Deixarem de indicar, no prazo de 30 (trinta) dias, novo(s) garantidor(es) idôneo(s) quando solicitado pela ALVO, por motivo justificado."*

Pois bem. Avaliando as hipóteses de cabimento da devolução proporcional da bonificação, entendo que o apelante/requerido de fato infringiu a cláusula 2.1.4 do contrato, conforme, acertadamente fundamentou o douto magistrado *a quo*. Vejamos:

> *"Nos termos da cláusula contratual transcrita, a bonificação tem como objetivo estimular o desenvolvimento comercial do estabelecimento que ostenta a marca, nome comercial e cores da autora e comercializa exclusivamente produtos dela.*
>
> ***No caso dos réus, foi afirmado na própria contestação que após manifestar interesse no distrato (19/06/2009) o posto foi descaracterizado, deixando de ostentar a marca, nome comercial e cores da empresa-autora.***

> *Tudo isso resulta, inexoravelmente, na aplicação da cláusula 2.1 que prevê: '2.1. A bonificação deverá ser proporcionalmente devolvida se o revendedor e/ou garantidores: [...] 2.1.4. Violarem quaisquer cláusulas ou condições dos contratos assinados com a ALVO.'*
>
> *Necessário reconhecer, assim, a procedência do pedido de restituição proporcional da bonificação antecipada, objeto do contrato de fls. 58-60."* (f. 375) (g/n)

Sabe-se que a alegação do apelante/requerido reside no fato de que não deu causa ao distrato, e que a descaracterização do posto de gasolina somente se deu em decorrência das exigências formulada pela empresa Alvo, ora requerente, para que o distrato fosse possível. Ainda, ressalta que a descaracterização do posto somente se deu após ter se manifestado pelo interesse no distrato, em 19.06.2009.

A propósito, tais exigências impostas pela empresa Alvo, ora requerente, eram as seguintes:

> *"Nos termos do TCD, caso opte pelo referido distrato, V. Sa. Ficará dispensada do pagamento da multa compensatória prevista na Cláusula 10 do Contrato (Cláusula 10- Cumprimento do Contrato e Perdas e Danos), mas permanecerá obrigada a: 1) efetuar o pagamento dos débitos porventura pendentes; 2) devolver os equipamentos de titularidade da Petrobras ou da Alvo, ou pagamento de indenização do valor correspondente a tais equipamentos; e,* ***3) Promover a completa descaracterização do estabelecimento, conforme previsão na Cláusula 11 do Contrato (Cláusula 11- Término da Vigência Contratual)***." (f. 77) (g/n)

Ocorre que, conforme amplamente explanado, o distrato não fora formalizado naquela oportunidade e, por consequência, o contrato permanecia em vigor. Este fato implica, inevitavelmente, em inadimplemento contratual vez que conforme dispõe cláusula 2.3.2 do contrato de cessão de uso de marca, o revendedor, ora requerido/apelante, obriga-se a manter em seu estabelecimento o *layout*, a programação visual, padrão de imagem e cores definidos pela ALVO. Ainda, de acordo com a cláusula 11 do mesmo contrato, verifica-se que o desfazimento da identificação visual do posto de serviços, com a retirada da marca, nome comercial e combinação, somente deveria se dar em havendo resolução ou rescisão do contrato.

Ademais, conforme disposto na notificação extrajudicial expedida pela Petrobras em 01/08/2009 (fls. 80-84) restou esclarecido que o distrato somente ocorreria após apresentação de laudo de investigação ambiental. Compulsando os autos, tal investigação ambiental somente se deu em Dez/2009, corroborando com o fato de que o apelante/requerido tinha conhecimento de que o contrato permanecia em pleno vigor até o momento da elaboração de tal investigação. Vejamos:

> *"Devendo V. Sas. Também promover a completa descaracterização do estabelecimento, conforme previsto na Cláusula 11 do contrato (Cláusula 11. Término da Vigência Contratual) e conforme cláusula 2.9 (iv) do TCD,* ***a Petrobras e Alvo somente estarão obrigadas a celebrar o distrato após o posto revendedor interessado apresentar laudo de investigação ambiental realizado por empresa idônea****, homologada pela comissionárias, cujos custos correspondentes serão arcados pelo posto revendedor, e que tenha sido devidamente protocolado perante as autoridades ambientais competentes."* (f. 82) (g/n)

Neste sentido, tendo em vista que o distrato não havia sido formalizado na data em que houve a descaracterização do posto de serviços, qual seja, a data em que houve a manifestação de interesse pelo distrato, Junho/2009, é fato que houve o inadimplemento de cláusulas contratuais ainda em vigor.

Ora. Por consequência, a infração de cláusulas contratuais, acabou por infringir, inevitavelmente, a cláusula 2.1.4. do contrato de antecipação de bonificação que dispõe a respeito das hipóteses de cabimento da

devolução da bonificação, qual seja: "*Violarem quaisquer cláusulas ou condições dos contratos assinados com a ALVO*".

Assim sendo, o apelo não merece guarida e a restituição da bonificação deve ser mantida.

Do ônus sucumbencial

Pugna o apelante/requerido pela aplicação da proporcionalidade da verba sucumbencial, com a distribuição dos ônus de forma correta na medida em que argumenta pela ausência de sucumbência recíproca e pelo descabimento de compensação dos honorários advocatícios.

O recurso não merece respaldo neste ponto. Vejamos.

Para condenação do ônus sucumbencial, considera-se o número de pedidos formulados na demanda e os números efetivamente julgados procedentes ao final desta.

Neste ensejo, depreende-se do caderno processual que apelante/requerido e apelado/requerente resultaram em parte vencedor e vencido, isso porque, quanto ao requerente, apesar de ter obtido o reconhecimento da rescisão contratual e da restituição da bonificação, teve afastado o direito ao recebimento da multa compensatória, bem como do aluguel dos equipamentos dado em comodato.

Dessa forma, é incontroverso que ambos foram parte vencida e vencedora, motivo pelo qual, diante da perfeita subsunção da hipótese ao que consta do artigo 21 do CPC, mantenho a sucumbência recíproca reconhecida na sentença *a quo.*

Sendo assim, conforme entendimento jurisprudencial é cabível a compensação de honorários em havendo reciprocidade sucumbencial.

É o que decorre da interpretação do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil. Vejamos:

> *Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.*

Não se olvida que durante muito tempo houve divergência nos Tribunais sobre a possibilidade de compensação, diante do que estabelece o artigo 23 da Lei nº 8.906/94, segundo o qual os honorários pertencem ao advogado, tendo ele direito autônomo para executar a verba correspondente, que for judicialmente fixada.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça há muito sedimentou o entendimento de que a inovação do Estatuto da Advocacia no atinente ao destinatários dos honorários não afastou a aplicação das regras contidas no Código Processo Civil relativas aos institutos da sucumbência e da compensação.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO TOMADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA NO TRIBUNAL. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.*
>
> *- Embora a Lei 8.906/94 assegure que pertence ao advogado a verba honorária incluída na condenação, permanecem aplicáveis as normas do CPC sobre o tema. Assim, incumbe ao juiz determinar a compensação de honorários, sem que importe em violação à referida legislação específica."* (AgRg no REsp 448.148/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 28/09/2004, DJ 25/10/2004 p. 335)

Em idêntica orientação, os julgados nº 328.355/RS, de 19.11.2001; 263.734/PR, de 01.10.2001, e 167.038/DF, de 19.11.2001, todos da 4ª Turma da Corte Superior.

E, ainda, a Súmula 306 do STJ: *"Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte."*

Vê-se assim, que a conjugação do artigo 21 do CPC com o artigo 23 da Lei nº 8.906/94 é a que dá a melhor solução para o caso, porque o dispositivo superveniente da Lei nº 8.906/94 nada mais fez do que consagrar regra jurisprudencial antiga de que os advogados podiam exigir o pagamento dos honorários advocatícios de forma autônoma. Então, essa lei veio apenas dar formatação jurídica àquilo que já era consagrado na jurisprudência e não revogou o artigo 21 do Código de Processo Civil.

Como bem salienta o Exmo. Ministro César Asfor Rocha[1], esse entendimento da convivência entre ambos os dispositivos é imprescindível para evitar situações esdrúxulas. Do contrário, poderíamos nos deparar em várias situações com o credor, vencedor de uma grande parcela do quanto havia cobrado, obrigado a pagar os honorários do patrono da parte adversa e, ao mesmo tempo, impossibilitado de receber seu crédito de um devedor muitas vezes insolvente ou dado a protelar o cumprimento da sentença.

A compatibilização entre os referidos dispositivos legais decorre, assim, da limitação do direito autônomo do advogado ao ganho efetivo de seu constituinte, que não pode se ver obrigado a arcar com obrigação acessória do processo ao passo em que permanece sem acesso ao efetivo recebimento do seu crédito pelo devedor inadimplente.

Dessa forma, quando houver sucumbência recíproca admite-se a compensação e a consequente extinção da obrigação eis que a compensação dos honorários advocatícios no caso de sucumbência recíproca é permitida pela lei.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos abaixo transcritos:

> *"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 306 DO STJ.*
>
> *1. Visaram os embargantes à decretação da extinção da execução ou, pelo menos, ao reconhecimento da impenhorabilidade do seu imóvel, tendo o Tribunal de origem dado provimento à apelação apenas para acatar o segundo objetivo do devedor, de modo que a execução prossegue no seu trâmite pelo valor originalmente requerido, denotando a ocorrência de sucumbência recíproca.*
>
> *2. Súmula 306 do STJ: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg nos EDcl no REsp 1179364/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. VERBA FIXADA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO E EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1 EDcl no REsp 139343/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, julgado em 11/06/2003, DJ 07/06/2004. p. 158.

1. Consoante jurisprudência firme do STJ, é possível a compensação de honorários advocatícios fixados na ação de conhecimento com aqueles estabelecidos em embargos à execução, ainda que uma das partes seja beneficiária da assistência judiciária gratuita, visto que, segundo o entendimento do STJ, tal compensação é possível considerando os termos do artigo 21 do CPC, bem assim a Súmula 306 do STJ, sendo que o deferimento do benefício da justiça gratuita não constitui óbice a essa compensação.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1384185 / PR Agravo Regimental no Recurso Especial 2013/0140059-8 Relator(a) Ministro Mauro Campbell Marques (1141) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2013)

Na mesma direção o entendimento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, como demonstram as ementas de jurisprudência abaixo colacionadas:

"E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA – VALORES DISCREPANTES EM RELAÇÃO À MÉDIA DE CONSUMO – RECÁLCULO DAS FATURAS – SENTENÇA MANTIDA – AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS – DECISÃO MANTIDA – COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS – ADMITIDA – PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – INDIFERENTE - RECURSO IMPROVIDO.

Três das faturas cobradas divergiram extraordinariamente da média de consumo dos outros meses na unicidade consumidora, devendo referidos meses serem recalculados pela média das últimas doze faturas emitidas imediatamente antes de cada uma das três contestadas, excluídas estas.

A regra de compensação dos honorários quando há sucumbência recíproca não diverge por ser a parte beneficiária da justiça gratuita, Fazenda Pública ou patrocinada pela Defensoria Pública." (0600047-48.2010.8.12.0006 Agravo Regimental Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues Comarca: Camapuã Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 09/04/2013 Data de registro: 18/04/2013)

"E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – OMISSÃO EXISTENTE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS – PARTE BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – POSSIBILIDADE - SÚMULA 306 DO STJ – EMBARGOS ACOLHIDOS.

Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, independentemente de ser a parte beneficiária da justiça gratuita." (Embargos de Declaração nº 0031869-85.2011.8.12.0001 Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 05/03/2013 Data de registro: 08/03/2013)

"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE – REJEITADA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, quando os argumentos utilizados pelo recorrente nas razões recursais guardam perfeita relação com o que restou decidido na decisão.

> *Havendo sucumbência recíproca, os honorários devem ser proporcionalmente distribuídos e compensados, mesmo quando uma das partes for beneficiária da justiça gratuita."* (nº 0001466-71.2009.8.12.0012 Apelação Relator(a): Des. Rubens Bergonzi Bossay Comarca: Ivinhema Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 16/10/2012 Data de registro: 30/10/2012)

Tecidas essas considerações, mantenho a sentença *a quo* que se mostrou razoável ao determinar a sucumbência recíproca condenando as partes ao pagamento proporcional das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, mantendo, ainda, a compensação entre si.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação cível interposto por Petrobrás Distribuidora S.A e lhe nego provimento, na forma dos fundamentos expendidos, mantendo a sentença impugnada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ainda, conheço do recurso interposto por Auto Posto Mutum Ltda. e João Alfredo Danieze e também lhe nego provimento, na forma dos fundamentos expendidos, mantendo a sentença impugnada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Conclusão de julgamento adiada para sessão de 22/6/2016, em razão das férias do relator e em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator ter negado provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 22.06.2016)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (1° Vogal)

Pedi vista para melhor examinar os autos e, após detida análise, acompanho o e. Relator para negar provimento aos recursos.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (2° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 22 de junho de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802255-80.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CURSO TÉCNICO EM AGRONEGÓCIO OFERECIDO POR ESCOLA ESTADUAL – AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO DE CLASSE (CREA) – INFORMAÇÃO NÃO DISPONIBILIZADA NO EDITAL – IMPOSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA PROFISSIONAL E EXERCÍCIO DA PROFISSÃO – OMISSÃO DO ESTADO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – TESE DE ESVAZIAMENTO DA CAUSA DE PEDIR – INCABÍVEL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE – PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 421, DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ainda que, no decorrer do processo, o CREA tenha reconhecido o Curso Técnico em Agronegócio, não merece prosperar a tese defensiva de esvaziamento da causa de pedir, pois esta se refere à impossibilidade de registro durante aproximadamente um ano, a que a discente foi submetida.

Restando comprovados os danos morais sofridos pela parte autora, ficando demonstrados os transtornos e frustrações suportados, pois, empreendeu esforços e tempo para a conclusão do curso técnico, mas foi impedida de obter o respectivo registro por desídia da instituição de ensino estadual que não realizou o cadastramento do curso perante o CREA antes de ofertá-lo, resta evidente o dever de indenizar.

É mantido o *quantum* indenizatório quando o valor apurado guardar correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica da parte, de sorte que serve, também, de punição ao ofensor, em virtude da sua negligência, a fim de que não incorra novamente no mesmo erro, minimizando, ainda, o abalo sofrido pela parte.

Deve ser reconhecida a sucumbência recíproca quando de dois pedidos principais, um é julgado improcedente. Mesmo assim, esta não surte efeitos práticos quando as partes são o Estado, isento de custas e pessoa assistida pela Defensoria Pública que possui o benefício da justiça gratuita deferido pelo juízo.

Não são devidos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, nos termos da Súmula 421, do STJ.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de junho de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 319/326 pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em que este se insurge contra a sentença de fls. 306/314, proferida pelo douto juízo da 2ª Vara Cível de Nova Andradina, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Bianca da Silva Pereira na ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada em desfavor do apelante, em que este foi condenado ao pagamento de 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, bem como, em seu favor, foi julgado improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

O apelante, em suas razões recursais de fls. 319/326, alega que no dia 14/08/2013, por meio da decisão plenária n. 345/2013, o CREA/MS deferiu o cadastramento do Curso Técnico em Agronegócio oferecido pela E. E. Professora Nair Palácio de Souza, razão pela qual teria se esvaziado a causa de pedir.

Assevera que não houve omissão estatal na elaboração do edital e na promoção de esforços para registro do curso, e que a OAB, inclusive, atuou para averiguação de eventual irregularidade da conduta estatal, sendo que em resposta a este expediente o CREA informou que não há qualquer prejuízo às atribuições profissionais dos egressos o enquadramento do título no CREA.

Salienta, por conseguinte, que não há responsabilidade subjetiva do Estado, considerando que a autora poderia exercer sua profissão ainda que não possuísse registro, com arrimo no art. 5º, VIII da CF/88, razão pela qual inexistiria dano, e, portanto, ausente estaria o dever de indenizar.

Ressalta que, conforme se demonstrou, o deferimento do registro do curso por meio da decisão plenária n. 345/2013 do CREA/MS ocorreu em razão do recurso interposto pela própria Secretária de Estado de Educação.

Pelo princípio da eventualidade, no que atine ao *quantum* fixado a título de danos morais, requer sua diminuição para o montante R$ 1.000,00 (mil reais). Pugna, por fim, pelo afastamento de sua condenação em honorários advocatícios, com base na súmula 421 do STJ, pela condenação da apelada ao pagamento proporcional de custas e honorários, face a sucumbência recíproca.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 334/343), aduz que além desta demanda, outras ações foram ajuizadas, bem como o Estado induziu a apelada a erro, em razão de informações equivocadas, pois a ele cabia informar que o curso oferecido não era reconhecido pelos órgãos de classe da área. Invoca, para tanto, a teoria do risco administrativo, estampada no art. 37, §6º da CF/88. Pugna, ao final, pelo improvimento do recurso, a fim de manter a sentença por seus próprios fundamentos.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 319/326 pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em que este se insurge contra a sentença de fls. 306/314, proferida pelo douto juízo da 2ª Vara Cível de Nova

Andradina, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Bianca da Silva Pereira na ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada em desfavor do apelante.

A autora/apelada ingressou com a presente ação alegando, em síntese, que matriculou-se junto à Secretaria Estadual de Educação para o Curso Técnico em Agronegócio, no período compreendido entre 2011/2012, com carga horária de 1.260 horas cumpridas.

Contou que nunca foi informada de que o curso não era reconhecido pelo CREA – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia ou pelo CRA – Conselho Regional de Administração, tendo descoberto tal situação apenas quando se formou, em 2012, e buscou registrar-se como profissional junto aos referidos conselhos.

Pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva do Estado de Mato Grosso do Sul, posto que este foi omisso ao deixar de constar no edital publicado que o referido curso não era passível de registro perante o CREA, e, como se não bastasse, deixou de encaminhar ao órgão todos os documentos necessários para tal fim. Pleiteou, ao final, a concessão de danos morais e materiais, tendo o juízo *a quo* concedido apenas os danos morais, no valor de R$ 10.000,00, por entender que os materiais não restaram comprovados.

Daí o manejo do presente recurso, ao qual, como se verá a seguir, dou parcial provimento.

Do esvaziamento da causa de pedir

O apelante, em suas razões recursais (fls. 319/326), alega que no dia 14/08/2013, por meio da decisão plenária n. 345/2013, o CREA/MS deferiu o cadastramento do Curso Técnico em Agronegócio oferecido pela E. E. Professora Nair Palácio de Souza, razão pela qual teria se esvaziado a causa de pedir.

Não assiste razão ao recorrente.

Ora, é certo que a discussão do presente recurso gravita em torno da indenização por danos morais, por responsabilidade subjetiva do Estado. A responsabilidade subjetiva, por sua vez, para que se caracterize, deve ser proveniente de uma ação culposa ou dolosa do agente, somada a um dano causado por este a outrem, devendo existir, também, nexo causal entre a conduta e o dano.

É o que leciona o jurista Silvio Rodrigues:

> *"Se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito."*[1]

Assim, o dano moral que deve ser indenizado pelo Estado ocorreu naquela época, em que a autora, de posse de seu diploma de Técnica em Agronegócios, não pôde exercer a profissão pela impossibilidade de inscrever-se no CREA.

Desta feita, ainda que a causa de pedir seja a impossibilidade do registro da autora, o pedido, por sua vez, é a indenização pelo dano sofrido, não tendo este se esvaziado, visto que está, em verdade, ligado à impossibilidade de inscrição no CREA que de fato existiu, e portanto, gerou o dano moral.

1 Rodrigues, Silva. Direito Civil, volume IV. Editora Saraiva, 19ª edição: São Paulo, 2002, p. 11.

Assim, não esvaziou-se a causa de pedir, pois esta se refere à impossibilidade de registro durante aproximadamente um ano, a que a apelada foi submetida.

Da responsabilidade subjetiva do Estado

O Estado, ora apelante, alega que não deve ser responsabilizado pelo dano moral, pois não foi omisso ao não constar a impossibilidade de registro dos discentes junto ao órgão de classe competente, no edital, visto que era plenamente possível à apelada que exercesse sua profissão sem que houvesse registro, com arrimo no art. 5º, VIII da CF/88. Assevera, nesse sentido, que o CREA é mero órgão de classe e, por conseguinte, não detém poder normativo para validar ou deixar de validar cursos técnicos autorizados pelo MEC.

Não merecem guarida tais pretensões.

A responsabilidade civil é a obrigação imposta por lei a determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas (art. 927 CC/02).

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 do CC/2002: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*"

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (*lato sensu*) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva. Contudo, ainda assim deve ser demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexo de causalidade.

Como sabido, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal prevê a teoria do risco administrativo, *in verbis*:

> *"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

O exame desse dispositivo, por sua vez, demonstra que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão.[2]

Por outro lado, quando se tratar de ato omissivo do poder público, aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva, em que o lesado deve comprovar a negligência da administração, o dano e o nexo de causalidade, como é o caso dos autos. É o que leciona Silvio de Salvo Venosa:

> *"Em síntese, como regra geral, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público não depende da prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo, a autoria e o nexo causal. Resta em aberto a discussão se a regra constitucional da responsabilidade objetiva se aplica unicamente aos atos comissivos da Administração, pois há corrente que sustenta que os atos omissivos do Estado e seus agentes ficam, em princípio, no campo da responsabilidade subjetiva.*
>
> *Há, de fato, atos decorrentes na esfera do Estado que efetivamente ficam à margem da responsabilidade objetiva como aponta ponderável doutrina, como veremos. Fica assente, contudo, que qualquer ato ilícito praticado pelo Estado, por meio de seus órgãos*

2 Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. Malheiros, 2002, p. 622.

e agentes, implicam responsabilidade e reparação de dano, ainda que sob o prisma da responsabilidade subjetiva."[3]

Assim, tratando-se de ato omissivo do Estado, sua responsabilidade civil é subjetiva, razão pela qual compete ao autor o *onus probandi* atinente ao fato constitutivo de seu direito, de acordo com a regra prevista no artigo 333, inciso I, do antigo Código de Processo Civil (art. 373, I, NCPC).

Em outras palavras, *"em se tratando de ato omissivo do poder público, aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva (culpa anônima), onde o lesado deve comprovar a negligência da administração, o dano e o nexo de causalidade."*[4]

Em que pesem os argumentos trazidos pelo apelante, o Estado foi omisso/negligente ao não informar aos alunos, no edital, que o curso por ele oferecido não tinha registro perante o conselho de classe (CREA), além de não ter encaminhado ao CREA os documentos necessários para cadastrar a instituição de ensino e por consequência o curso ofertado, no tempo oportuno.

Como se observa da Decisão da Câmara Especializada de Agronomia/MS de fls. 108/109, foi indeferido o registro do curso de Técnico em Agronegócio da Escola Nair Palácio de Souza, em Nova Andradina, pois *"cursos com esta nomenclatura não estão cadastrados em outros CREAs. Além disso o curto Técnico em Agronegócio não se enquadra na tabela de títulos referente a resolução 473/02 e atualizada em 05/07/2012 não tendo possibilidade de outro enquadramento de acordo com o disposto da Decisão Plenária 0423/2005 do CONFEA. (...)"*

Assim, percebe-se que, após concluir o curso, a recorrida não conseguiu obter o registro profissional junto ao CREA, uma vez que o órgão de classe não reconheceu a sua validade, em razão da ausência de cadastro em outros CREA's, tampouco havia enquadramento na tabela de títulos referente à resolução 473/02 do CONFEA (Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura), ou mesmo na do CRA (Conselho Regional de Administração) (fl. 111).

Não obstante, tal decisão foi prolatada em 10/04/2013, isto é, quase um ano após o encerramento do curso (ocorrido no ano de 2012), o que comprova que até esta data o curso sequer tinha validade perante o órgão de classe.

In casu, restou sobejamente demonstrada a conduta omissiva da Escola Estadual Professora Nair Palácio de Souza, do município de Nova Andradina, consistente em não informar aos alunos que o curso oferecido não tinha registro perante o conselho de classe, assim como a não realização do cadastramento da instituição de ensino perante o citado órgão, o que obstou a expedição do registro profissional dos alunos.

Ademais, vale salientar que, ao contrário do que alega o apelante, a intenção não é negar a validade do diploma emitido pelo Estado, mas tão somente perante o órgão de classe, que não está acima do MEC, mas realiza funções importantes para o profissional que este não está habilitado a desempenhar.

Por conseguinte, não há afronta ao livre exercício da profissão previsto constitucionalmente ao ser exigida inscrição em órgãos de classe para tanto. Se assim não fosse*, mutatis mutandis*, poder-se-ia invocar o art. 5º, VIII da CF/88 para órgãos de classe como a OAB, que exigem aprovação em exame de ordem, o que não merece prosperar.

Nesse sentido, colaciono trecho do voto da lavra do Des. Vladimir Abreu da Silva, proferido em caso semelhante:

3 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil** – Volume 4. 7ª edição. Editora Atlas: São Paulo, 2007, p. 89.

4 Autos nº 0805986-95.2014.8.12.0002. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/10/2015; Data de registro: 14/10/2015.

"Ressalta-se que não se está negando a validade do diploma emitido pelo Estado, eis que está de acordo com o art. 36-D da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que assim estabelece: "Art. 36-D. Os diplomas de cursos de educação profissional técnica de nível médio, quando registrados, terão validade nacional e habilitarão ao prosseguimento de estudos na educação superior." (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008).

Ora, o diploma ofertado ao final do curso tem sim validade nacional quando registrado perante o Ministério da Educação e Cultura, isso é fato.

Contudo, não se está aqui questionando esse registro perante o MEC e sua validade nacional, mas sim a ausência de registro do curso e/ou certificado junto ao órgão de classe profissional. Por essa razão, muito embora alegue o Estado ter cumprido ao disposto no artigo acima citado, o fato é que, ainda que seja reconhecido nacionalmente o diploma pelo MEC, os alunos estão de mãos atadas diante do conselho de classe, uma vez que este não pode emitir a carteira ou título equivalente para fins de exercício de atividade profissional, de modo que, perante o CREA o curso e/ou certificado não tem validade.

Não estou afirmando que o CREA – mero órgão de classe – seja superior ao MEC, contudo, é cediço que toda profissão possui um órgão de classe que edita algumas regras ou regimentos a fim de adequar e orientar os profissionais da mesma área, como por exemplo a OAB, CRM etc.

Nesse aspecto, o reconhecimento de um curso pelo MEC não se encontra atrelado à garantia do livre exercício profissional de determinada disciplina, considerando inclusive a existência de conselhos nacionais das mais diversas categorias, justamente com a finalidade de regular tal atividade.

Portanto, tem-se que os esforços despendidos por uma instituição de ensino não se restringem ao reconhecimento de seus cursos nos órgãos educacionais competentes, estendendo-se também a verificação dos requisitos autorizadores do efetivo exercício profissional, segundo as normas estabelecidas de maneira uniforme pelas entidades representativas de determinada categoria profissional, de modo a preservar a dignidade e confiabilidade de cada ofício."[5]

Demonstrou-se, desta forma, que muito embora o certificado do curso tenha sido expedido, não foi suficiente para que os portadores do mesmo pudessem exercer de fato a profissão (fl. 248).

Em situações semelhantes este Tribunal já se pronunciou no seguinte sentido:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CURSO DE TÉCNICO EM AGRONEGÓCIO OFERECIDO POR ESCOLA ESTADUAL – NÃO RECONHECIMENTO DO CURSO PELO ÓRGÃO DE CLASSE – CREA/MS – IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE – COMPROVADA A OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – PATAMAR JUSTO E RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."[6]

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CURSO DE TÉCNICO EM AGRONEGÓCIO OFERECIDO POR ESCOLA

5 TJ-MS: 5ª Câmara Cível. Apelação - Nº 0802249-73.2013.8.12.0017 - Nova Andradina. Relator designado – Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Relator: Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 16 de fevereiro de 2016.

6 TJ-MS: 5ª Câmara Cível Apelação - Nº 0801603-92.2015.8.12.0017 - Nova Andradina Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento: 2 de fevereiro de 2016.

ESTADUAL - NÃO RECONHECIMENTO DO CURSO PELO ÓRGÃO DE CLASSE - CREA/MS - IMPOSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA PROFISSIONAL AOS EGRESSOS - IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE - AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO NO EDITAL QUANTO AO REGISTRO DO CURSO JUNTO AO CREA/MS - OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO DENTRO DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DA LEI N. 11.960/2009 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 - DANOS MATERIAIS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ÔNUS DA AUTORA - ART. 333, I, DO CPC - PREQUESTIONAMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o dever de indenizar decorrente do dolo ou culpa encontra-se assentado no concurso de três requisitos: o evento danoso, a conduta ilícita do agente e o nexo de causal. Verificada a conduta omissiva do Estado, consistente em não informar a autora que o curso por ele oferecido não tinha registro perante o Conselho de Classe (CREA), assim como comprovado que a escola estadual não realizou o cadastramento da instituição de ensino perante o citado órgão, obstando com isso a expedição do registro profissional para a aluna autora, e criando nela legítima expectativa de exercer de forma regular sua profissão com registro junto ao respectivo Conselho, julga-se procedente o pedido de indenização por danos morais. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4357, declarou a inconstitucionalidade parcial do § 12, do art. 100, da Constituição Federal, arrastando Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS FL. 0802266-12.2013.8.12.0017 para a inconstitucionalidade a nova redação do art. 1º-F da Lei 9494/97, dada pela Lei nº 11.960/2009. Assim, os juros moratórios devem ser calculados com respaldo no índice oficial de remuneração básica e juros incidentes sobre a caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1999, com redação dada pela Lei 11.960/2009, e a correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, conforme atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nos termos do art. 333, I, do CPC, compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito. Assim, se a parte não demonstra os alegados danos materiais descritos na exordial, a improcedência do pedido é medida que se impõe. 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."[7]

Logo, comprovados estão os danos morais sofridos pela apelada, visto que restaram demonstrados os transtornos e frustrações suportados, pois, empreendeu esforços e tempo para a conclusão do curso técnico, mas foi impedida de obter o respectivo registro por negligência da instituição de ensino que não realizou o cadastramento do curso perante o CREA antes de ofertá-lo.

Do *quantum* fixado a título de danos morais

No que atine ao valor estabelecido a título de danos morais, quando da sua fixação, o apelante pugna pela sua redução, de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para o montante de R$ 1.000,00 (hum mil reais).

7 TJ-MS: Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/09/2014; Data de registro: 12/09/2014.

Entretanto, entendo que o valor fixado pelo juízo *a quo* deve ser mantido, por ser razoável, visto que considerou os aborrecimentos sofridos pela parte autora, e, de igual forma, não causou enriquecimento ilícito desta.

Diante disso, a importância de R$ 10.000,00, fixada em primeira instância, mostra-se suficiente para a compensar o abalo moral imposto à apelada que ficou, por mais de um ano, impossibilitada de exercer plenamente sua profissão, adquirida em curso técnico ministrado pela instituição de ensino estadual.

Assim, levando-se em consideração a extensão dos danos ocasionados à recorrida e o poder econômico do apelante, o *quantum* indenizatório deve ser mantido em R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois serve de punição ao ofensor, em virtude da sua negligência, a fim de que não incorra novamente no mesmo erro, minimizando, ainda, o abalo sofrido pela parte autora.

Do ônus da sucumbência

Consoante se denota dos autos, de fato, a apelada realizou dois pedidos em sua exordial, sendo que apenas um foi julgado procedente. Desta forma, reconheço a sucumbência recíproca, mas, faço a ressalva de que a apelada é assistida pela Defensoria Pública e, portanto, beneficiária da justiça gratuita (fl. 133), prevista na Lei nº 1.060/50 (ainda vigente na data da sentença), razão pela qual não deve arcar com custas e honorários advocatícios.

Ademais, quanto à parte em que foi sucumbente o Estado, tem-se que a sentença o isentou das custas (fl. 313), mas o condenou ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Contudo, a apelada é assistida pela Defensoria Pública Estadual, motivo pelo qual os honorários não lhe são devidos, com arrimo na súmula 421 do STJ, *in verbis*: *"os honorários não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público a qual pertença"*.

Assim, merece provimento este pleito do apelante, visto que a Defensoria Pública é considerada um órgão estadual, e, portanto, não deve receber honorários do Estado, do qual faz parte.

Por fim, deve ser dado provimento ao presente recurso de apelação no que concerne ao reconhecimento da sucumbência recíproca e, em especial, aos honorários advocatícios, considerando que não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, nos termos da Súmula 421, do STJ.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. - A Defensoria Pública é órgão do Estado por isso não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda, em causa patrocinada por Defensor Público, visto que há perfeita confusão entre as pessoas do credor e do devedor. - Não atendidos os pressupostos de cabimento dos embargos de declaração, deve ser mantida a decisão embargada por seus próprios fundamentos. - Embargos de Declaração rejeitados."*[8]

Dispositivo

8 STJ - EDcl no AgRg no REsp: 685032 RS 2004/0122698-1, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 09/09/2008, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 01/12/2008.

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, apenas para reconhecer a sucumbência recíproca e para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual, em respeito ao enunciado da Súmula 421, do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 22 de junho de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0804175-43.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CONDENATÓRIA – INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS – CONTRATO DE VENDA E COMPRA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO – DIVERSOS CONDOMÍNIOS SOB UMA MESMA DENOMINAÇÃO – RESIDENCIAL ITÁLIA – PROMESSA DE REALIZAÇÃO DE ÁREA DE LAZER – ÁREA NÃO CONSTRUÍDA – LEGITIMIDADE DE QUALQUER DOS CONDÔMINOS PARA EXIGIR PERDAS E DANOS EM DECORRÊNCIA DA QUEBRA DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DA ÁREA DE LAZER EM RAZÃO DE TER SIDO FEITA CONSTRUÇÃO DIVERSA NO MESMO LOCAL – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURA – PRELIMINAR REJEITADA.

O condômino que adquire unidade habitacional em imóvel construído sob o regime de condomínio, tem legitimidade ativa para exigir perdas e danos, aí incluído o dano moral, no caso de a construtora deixar de cumprir a promessa feita quando da propaganda divulgada sobre o condomínio, bem assim como deixar de cumprir o prometido publicamente assumido em ata de constituição do condomínio, consistente na disponibilização de área de lazer completa a todos os moradores.

Verificando-se que o condômino não pretende impor obrigação de fazer, consistente na confecção da área de lazer, porque tal medida se tornou impossível no caso concreto, mas sim obter o consectário em perdas e danos, decorrente da desvalorização do imóvel e do dano moral, tem ele legitimidade ativa *ad causam* para, isoladamente, propor a ação de indenização.

Legitimidade ativa aferida. Preliminar rejeitada.

PROCESSO CIVIL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DE UMA DAS RÉS – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SUBSCREVEU O CONTRATO DE COMPRA E VENDA – CONSTATAÇÃO, TODAVIA, DE QUE ENCETOU TODA A PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO, DIVULGANDO A CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL COM A ÁREA DE LAZER INCLUÍDA – RELAÇÃO JURÍDICA NEGOCIAL SUBORDINADA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE A EMPRESA QUE REALIZOU A PROPAGANDA E INTERMEDIOU A NEGOCIAÇÃO E A CONSTRUTORA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA.

São sujeitos passivos na ação de indenização por perdas e danos tanto a empresa que constrói a unidade residencial e o aliena à autora, quanto a empresa que fez a propaganda do empreendimento, demonstrando que a unidade residencial estaria integrada a uma área de lazer completa, que não foi construída.

Relação jurídica negocial subordinada ao Código de Defesa do Consumidor que impõe o reconhecimento da solidariedade passiva *ad causam*.

Preliminar rejeitada.

PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – RELAÇÃO JURÍDICA CLARAMENTE SUBORDINADA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI 8-078/90 – PRESCRIÇÃO TRIENAL AFASTADA – HIPÓTESE DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PREVISTA NO MESMO DIPLOMA CONSUMERISTA – PREJUDICIAL AFASTADA.

Por versar a lide sobre indenização decorrente de relação de consumo, o prazo prescricional é de cinco anos, conforme artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Prejudicial rejeitada.

DIREITO CIVIL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE HABITACIONAL EM CONJUNTO RESIDENCIAL FINANCIADO PELO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – PROMESSA DE CONSTRUÇÃO DE ÁREA DE LAZER ANEXA AO CONJUNTO E QUE SERVIRIA A TODOS OS MORADORES – QUEBRA DO CONTRATO – ÁREA NÃO CONSTRUÍDA – IMPOSSIBILIDADE DE SE REALIZAR A CONSTRUÇÃO POR FATO SUPERVENIENTE – DIREITO DE O CONDÔMINO OBTER A COMPOSIÇÃO DAS PERDAS E DANOS, INCLUSIVE O DANO MORAL, POR NÃO SE TRATAR DE HIPÓTESE DE MERO ABORRECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS INDENIZATÓRIOS.

O descumprimento da obrigação expressamente assumida de construir uma área de lazer completa no condomínio onde a autora adquiriu uma unidade imobiliária enseja o dever de indenizar amplamente as perdas e danos sofridos pela adquirente, que somente fez a aquisição confiando no fato de que no imóvel haveria referida área de lazer, valorizando o bem e lhe proporcionando atividades de lazer que induvidosamente são elementos atrativos de um empreendimento desse porte.

Sem referida construção, o bem sofre desvalorização em relação a outras unidades imobiliárias do mesmo conjunto e de idêntico padrão, constituindo-se essa desvalorização nas perdas e danos que devem ser suportadas pela vendedora e construtora.

DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO – FALTA DE CONSTRUÇÃO DE ÁREA DE LAZER COMPLETA EM ÁREA CONDOMINIAL – FATO QUE ULTRAPASSA OS UMBRAIS DO MERO ABORRECIMENTO – DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Configura-se o dano moral, não se constituindo em mero dissabor que pudesse indicar a inviabilidade da indenização a esse título, quando o rompimento da avença contratual reflete no cotidiano da autora, no seu dia a dia e em especial nos momentos em que mais necessita da área de lazer completa prometida e que não foi construída, para o seu descanso, para o seu lazer. O descumprimento de uma obrigação de tal natureza traz consequências fáticas que são capazes de ensejar abalo psicológico na autora, ensejadoras do dever de indenizar. Há, no caso, muito mais do que mero inadimplemento contratual. Há a perpetuação de uma situação de fato que vem sendo vivenciada diuturnamente pela autora, com a aptidão de lhe causar constrangimento e abalo psicológico e emocional.

Dano moral devido.

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e

jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares, afastar a prejudicial e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de março de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Rosana Tiemi Fuzii interpõe apelação cível às fls. 206-219, insurgindo-se contra a sentença (fls. 196-203) prolatada pelo juízo da 2ª vara cível da comarca de Três Lagoas-MS, Dra. Emirene Moreira de Souza Alves, que, na ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais movida em desfavor de TLE 1 Empreendimentos Imobiliários LTDA – SPE - e Delgado Setzer Incorporadora & Construtora, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, em virtude da ilegitimidade ativa da apelante e passiva das apeladas para o pedido de obrigação de fazer e sua conversão em perdas e danos, e improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Sustenta que o reconhecimento da ilegitimidade de parte e a extinção do processo, sem resolução do mérito, impede a análise do mérito pleiteado.

Afirma ser proprietária de 25,70 m² da área comum, o que lhe confere legitimidade ativa para requerer o que for de direito.

Aduz que também possui legitimidade ativa extraordinária, conforme previsão dos artigos 19 e 21, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, para reivindicar a área comum inteira, defendendo em nome próprio direito alheio, tendo a sentença criado hipótese de litisconsórcio ativo necessário inexistente, vez que se trata de litisconsórcio ativo facultativo unitário, onde os condôminos têm a liberdade de demandar em conjunto ou separadamente, nos termos do art. 1.314 do CPC.

Defende a legitimidade passiva das apeladas, uma vez que, por se tratar de relação de consumo, são responsáveis solidárias em relação à presente demanda, conforme prevê o art. 7º, parágrafo único, do CDC.

Salienta não estar prescrita a ação, haja vista que, nos termos do artigo 27 do CDC, a prescrição para reclamar/reivindicar problemas ocorridos nas construções em relação de consumo é de 5 anos.

Alega não haver dúvidas de que ceifar o direito ao lazer causa enormes prejuízos de ordem moral em qualquer ser humano, mormente à apelante que, desde a aquisição do imóvel, está sem a utilização da área de lazer de seu condomínio.

Por fim, assevera que a área de lazer debatida não foi concedida a título gratuito e sim oferecida no momento da compra e venda do imóvel, sendo que as apeladas deveriam construí-la e dar acesso posteriormente, o que não ocorreu, configurando propaganda enganosa.

Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos.

Contrarrazões às fls. 223-244, suscitando as preliminares de ilegitimidade ativa da apelante e passiva das apeladas, e, ainda, pugnando pelo improvimento do recurso em virtude da prescrição trienal da pretensão, nos termos do art. 206, § 3º, IV e V, do CC, e da improcedência do pedido.

VOTO (EM 09.03.2016)

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

Trata-se de apelação contra a sentença que, na ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais movida por Rosana Tiemi Fuzii em desfavor de TLE 1 Empreendimentos Imobiliários LTDA – SPE - e Delgado Setzer Incorporadora & Construtora julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, em virtude da ilegitimidade ativa da apelante e passiva das apeladas para o pedido de obrigação de fazer e sua conversão em perdas e danos, e improcedente o pedido de indenização por danos morais.

A presente ação visa o reconhecimento da obrigação de fazer para que as requeridas promovam acesso da autora à sua área de lazer ou a conversão em perdas e danos, bem como danos morais.

Os fatos precisam ser bem destacados e conhecidos.

A autora ingressou com a presente ação alegando que adquiriu um imóvel na data de 30.09.2009, diretamente da correquerida Delgado Stzer Incorporadora e Construtora, consubstanciado pelo apartamento de n. 15 do Residencial Itália II, na cidade de Três Lagoas, com a área total de 50.5868 m², sendo 49,80 m² de área privativa e 0,7858m² de área comum, fração ideal do terreno de 6,35%. Quando da aquisição foi descrito que teria direito, ainda, a uma área e de lazer, a qual não havia sido construída, ainda, na época da aquisição do imóvel.

Em novembro de 2011, a requerente foi comunicada em reunião dos condôminos, que para ter direito à utilização da área de lazer que estava para ser construída, teria de autorizar a passagem de moradores de outros pavilhões para transitar no seu pavilhão de área comum, para ter acesso à área de lazer, onde não se chegou a um consenso, o que não foi aceito tanto pela autora quanto por seus vizinhos, que não aceitaram que várias pessoas de outros pavilhões do mesmo empreendimento transitassem em sua área comum e de estacionamento de carros, para se chegar à área de lazer.

Todavia, as requeridas decidiram de forma arbitrária construir um muro no lugar que supostamente seria o portão de acesso à área de lazer e, outrossim, não indenizou qualquer dos proprietários e, além disso, não terminou de construir a área de lazer até a data do ingresso da ação.

A autora afirma que idealizou seu imóvel juntamente com a área de lazer, onde poderia realizar reuniões, confraternizar com parentes e amigos, o que de fato nunca ocorreu pelos fatos acima descritos.

A autora se diz consumidora e com base no CDC ingressou com a presente ação, em que objetiva a condenação das rés na obrigação de fazer, consistente em dar acesso à requente à sua área de lazer. Como tal obrigação se tornou impossível, em face da existência de construções no local, requereu a conversão de tal obrigação em perdas e danos, a ser objeto de avaliação por prova pericial; ao pagamento de danos

morais sofridos pelo rompimento do dever contratual e por irradiar propaganda enganosa quanto à venda do imóvel juntamente com a área de lazer, da qual agora não mais pode usar e utilizar na forma objetivada quando da aquisição.

O magistrado reconheceu a ilegitimidade ativa e passiva *ad causam* das partes para o pedido de obrigação de fazer e, consequentemente, para sua conversão em perdas e danos, com a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, e julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Irresignada, a autora interpôs o presente recurso de apelação, sustentando que a sentença deve ser reformada e seus pleitos julgados procedentes, pois diante do reconhecimento da ilegitimidade das partes e extinção do processo, sem resolução do mérito, não poderia o juízo *a quo* analisar o mérito pleiteado.

Afirma ser proprietária de 25,70 m² da área comum, o que lhe confere legitimidade ativa para requerer o que for de direito.

Aduz que também possui legitimidade ativa extraordinária, conforme previsão dos artigos 19 e 21, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, para reivindicar a área comum inteira, defendendo em nome próprio direito alheio, tendo a sentença criado hipótese de litisconsórcio ativo necessário inexistente, vez que se trata de litisconsórcio ativo facultativo unitário, onde os condôminos têm a liberdade de demandar em conjunto ou separadamente, nos termos do art. 1.314 do CPC.

Defende a legitimidade passiva das apeladas, uma vez que, por se tratar de relação de consumo, são responsáveis solidárias em relação à presente demanda, conforme prevê o art. 7º, parágrafo único, do CDC.

Salienta não estar prescrita a ação, haja vista que, nos termos do artigo 27 do CDC, a prescrição para reclamar/reivindicar problemas ocorridos nas construções em relação de consumo é de 5 anos.

Alega não haver dúvidas de que ceifar o direito ao lazer causa enormes prejuízos de ordem moral em qualquer ser humano, mormente à apelante que, desde a aquisição do imóvel, está sem a utilização da área de lazer de seu condomínio.

Por fim, assevera que a área de lazer debatida não foi concedida a título gratuito e sim oferecida no momento da compra e venda do imóvel, sendo que as apeladas deveriam construí-la e dar acesso posteriormente, o que não ocorreu, configurando propaganda enganosa.

Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos.

Contrarrazões às fls. 223-244, suscitando as preliminares de ilegitimidade ativa da apelante e passiva das apeladas, e, ainda, pugnando pelo improvimento do recurso em virtude da prescrição trienal da pretensão, nos termos do art. 206, § 3º, IV e V, do CC, e da improcedência do pedido.

Das Preliminares

Legitimidade ativa da apelante

No tocante a existência ou não de legitimidade ativa da apelante para pleitear acesso à área comum ou indenização por perdas e danos, entendeu o magistrado que a apelante carece de legitimidade ativa para tanto, pois tal interesse deve ser defendido pelo condomínio, representado pelo síndico.

Consta dos autos que o bloco II do empreendimento Itália (composto por 5 blocos de apartamentos) não tem acesso à área de lazer comum aos demais blocos.

A apelante afirma ser proprietária de 25,70 m² da área comum, o que lhe confere legitimidade ativa para requerer o que for de direito.

Aduz que também possui legitimidade ativa extraordinária, conforme previsão dos artigos 19 e 21, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, para reivindicar a área comum inteira, defendendo em nome próprio direito alheio, tendo a sentença criado hipótese de litisconsórcio ativo necessário inexistente, vez que se trata de litisconsórcio ativo facultativo unitário, onde os condôminos têm a liberdade de demandar em conjunto ou separadamente, nos termos do art. 1.314 do CPC.

Com efeito, nos termos do artigo 1.339, *caput* do Código Civil, o direito à área comum de lazer é inseparável da propriedade exclusiva de cada condômino:

> *"Art. 1.339. Os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva; são também inseparáveis das frações ideais correspondentes as unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias."*

É de se ver que a autora não está reclamando por vícios construtivos relativamente à área de lazer. Está reclamando exatamente o oposto, a indenização pelo fato de que a área de lazer, que integrava a venda quando da oferta do imóvel, não foi construída, privando-a de um benefício que, se não tivesse sido ofertado, talvez não a levaria a adquirir o imóvel, ou até o adquiriria por preço menor do que o ofertado, tomando em consideração esse fato.

Assim, a legitimidade ativa da autora é evidente, na medida em que não objetiva impor obrigação de fazer às rés, e isto está claro na inicial, mas sim se ver indenizada pelo prejuízo sofrido em razão de não ter tido acesso à área de lazer, que fazia parte integrante do imóvel que adquiriu e cuja área não está podendo ser por ela utilizada, em uma depreciação do próprio imóvel em si, que configura direito próprio seu, personalíssimo, apta a lhe tornar sujeito ativo para demandar pela respectiva indenização, nos termos postos na sua inicial.

Induvidoso, consequentemente, o desacerto da r. sentença, que entendeu que a autora não seria legitimada ativa, mas sim o condomínio.

Este, com efeito, pode ser legitimado ativo se a pretensão for obrigar a alienante e construtora a construir a área de lazer prometida, por dizer respeito a todos os condôminos. Mas não se pode retirar a legitimidade ativa da autora para demandar pela indenização tendo em vista um *minus* que seu imóvel sofre pela não construção da prometida área de lazer.

Sendo parte legítima ativa, induvidosamente, a anulação da r. sentença é que se impõe, para que seja o mérito examinado.

E, nesse passo, como dispõe o art. 515, § 3º do CPC, é possível o exame do mérito. E, se por isso não fosse, é de se ver que o douto juízo de primeiro grau, na realidade, de forma muito contraditória, ao mesmo tempo em que reconhece a ilegitimidade ativa da autora, que aqui está sendo afastada, delibera julgar o mérito. Veja-se a r. sentença:

Como dito pelo juiz, o inadimplemento contratual está demonstrado, examinando ele próprio o mérito da pretensão relativa ao dano moral, que acabou por julgar improcedente.

Veja-se trecho da sentença:

> *"... No mérito, propriamente dito, primeiramente, impende destacar que a discussão gira em torno da alegação da parte requerida de que não consta no contrato firmado entre as partes a obrigação e construir uma área de lazer.*

> *Ocorre que a parte requerida não acostou aos autos nenhum documento que indicasse quais obras seriam feitas no condomínio, sendo certo que somente afirmou que no contrato não consta a especificação de qualquer área de lazer.*
>
> *Por outro lado, a parte requerente demonstrou que a requerida Delgado Setzer havia prometido a construção de uma área de lazer aos adquirentes das unidades do Residencial Itália, conforme cópia do site da requerida (fl. 51).*
>
> *Ademais, o Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel acostado às fls. 132/135, quando dispõe sobre o imóvel e suas características na cláusula II, apenas indica a sua localização e suas dimensões, não fazendo qualquer menção às benfeitorias atinentes ao empreendimento, especialmente quanto à área de lazer.*
>
> *Apesar da parte requerida alegar que "somente houve a recusa de um brinde, nada além disso" (fl. 91), ocorre que na ata da assembleia de fls. 57/60, os representantes da construtora Delgado Setzer informaram que "no menor tempo possível também será disponibilizado aos condôminos a área de lazer com piscina e churrasqueira", sem qualquer referência de que esta obra seria construída a título gratuito.*
>
> *Nestas circunstâncias, deve ser considerado que havia previsão da construção da área de lazer desde a venda das unidades do Residencial Itália e que, por culpa da construtora requerida, sua construção não ocorreu.*
>
> *Desse modo, a não entrega da obra nos termos prometidos, desacompanhada de outros elementos capazes de abalar o psíquico dos requerentes, não enseja indenização por danos morais."*

O douto juízo, assim, embora tenha reconhecido a existência de obrigação de construção da área de lazer com piscina e churrasqueira, depois de ter declarado a autora parte ilegítima ativa *ad causam*, de forma inusitada avançou ao mérito e ali julgou improcedente o pedido.

Vê-se portanto que, anulada a r. sentença pelo fato de que está evidente que a autora é parte legítima *ad causam*, tem cabimento o exame do mérito da pretensão deduzida na inicial, por força do disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

Da ilegitimidade passiva da corré

Na defesa, as rés alegaram que a empresa Delgado Setzer Incorporadora & Construtora, é parte ilegítima passiva *ad causam*, porque essa empresa nenhum negócio jurídico celebrou com a autora.

O imóvel estava registrado em nome da primeira ré, TLE 1 Empreedimentos Imobiliários – SPE, como consta da matrícula de fls. 18/19. Foi essa empresa quem, também, celebrou o instrumento de venda e compra, como constatado às fls. 20/40.

Todavia, toda a propaganda do empreendimento foi da segunda ré, como se infere dos documentos de fls. 47/55, notadamente em seu endereço eletrônico, divulgando a construção e a possibilidade de financiamento, bem assim como a descrição das unidades habitacionais, fazendo consignar nessa propaganda, inclusive, que haveria a construção de área de lazer completa.

E sobre essa questão assim decidiu o douto juízo:

> *"Ao contrário do que alega a parte requerida nas fls. 96, observo que embora o contrato tenha sido firmado entre a requerente e a empresa TLE1 (fls. 24), as propagandas do empreendimento indicam o nome da empresa Delgado Setzer (fls. 57) inclusive no*

site daquela empresa. Não se pode deixar de observar também que aquela empresa foi a construtora que executou a obra e, inclusive participou da reunião que constituiu o condomínio do bloco II (fls. 63).

Restando ao presente feito o pedido remanescente de indenização por danos morais por ausência de construção da área de lazer, impõe-se o reconhecimento de sua legitimidade passiva.

Como se pode verificar nas fls. 99 e, nos documentos de fls.179-196, é fato que a empresa Delgado Setzer parece não existir formalmente, como de fato alega a parte Requerida nas fls. 99.

É possível então realizar a correção do nome da parte requerida no polo passivo, porém, atento em que um dos supostos sócios da primeira empresa parece não constar mais da segunda. Então, em caso de eventual desconsideração futura tal fato será analisado."

Esse fundamento é suficiente para manter referida corré no polo passivo da relação processual, para a pretensão indenizatória. Afinal, foi ela também a construtora do imóvel, divulgando que haveria a construção de uma área de lazer no condomínio, atraindo, com isso, pela propaganda, diversos consumidores, dentre eles a autora.

Além disso, a empresa, por seus representantes legais, como construtora, prometeu a construção da área de lazer, como se infere da ata da assembleia geral de instituição de condomínio, juntada às fls. 57/60.

Deve ser mantida no polo passivo da relação processual para, assim, juntamente com a primeira ré, que foi a alienante, responder pelas perdas e danos que a conduta conjunta e somada de ambas, ocasionaram à autora.

Prejudicial de mérito

Prescrição

Ao contrário do alegado pelas apeladas, não se aplica ao caso a prescrição trienal, pois versa a lide sobre indenização decorrente de relação de consumo, cujo prazo prescricional é de cinco anos, conforme artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, como consta da sentença, é incontroverso que a última tentativa das partes em solucionar a questão objeto do litígio ocorreu em 27.05.2011 e o presente feito foi distribuído em 29.07.2014.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que "*aplica-se a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC nas ações nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. Incidência da Súmula nº 83 do STJ ao caso concreto" (*AgRg nos EDcl no AREsp 659.694/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 26/11/2015).

Em outro acórdão:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

PRESCRIÇÃO. ART. 27 DO CDC. INAPLICABILIDADE.

1. A prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço.

> *2. É vedada a inovação de alegações em agravo regimental, em face da preclusão consumativa.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1518086/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015).

Está claro na inicial que a autora não pretende obter obrigação de fazer, mas sim de indenização pelo fato de que a área de lazer não foi construída, o que lhe ocasionou dano material pela diminuição do valor do imóvel e dano moral pela privação do uso do bem prometido.

Logo, claramente incide o art. 27 da lei 8.078/90, que afasta a pretensão de decreto de prescrição.

Rejeito a prefacial.

Do Mérito.

Na defesa, as rés alegaram que a segunda requerida construiu quatro condomínios, chamados de Residencial Itália, sendo os Itália I e II com 16 unidades cadas e os Italia III, IV e V com 32 unidades cada, tendo a autora adquirido uma unidade no Itália II.

Sustenta que no ato da aquisição não foi prometida a construção de área de lazer, nada constando no instrumento. Somente depois, animados com os avanços dos empreendimentos, foi que em Assembleia Geral de Instituição do Condomínio Itália II, os sócios da segunda requerida "*prometeram como forma de brinde, em ATA, que no menor espaço de tempo possível será também disponibilizado aos condôminos a área de lazer com piscina e churrasqueira"*, área essa que seria arborizada e *comum aos demais edifícios*. (contestação, fls. 82) – fato confirmado pelo documento de fls. 57/60.

A ré não nega, assim, que se comprometeu a construir essa área de lazer, embora alegue que se tratava apenas de uma promessa, como forma de brinde aos adquirentes das unidades do condomínio Itália II.

Todavia, assim não é.

O negócio jurídico celebrado entre a autora e as rés, tanto a que vendeu quanto a que divulgou o empreendimento e o construiu, se subsumiu induvidosamente ao Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de típica relação de consumo, de aquisição de unidade imobiliária em empreendimento ofertado pela ré e por ela alienado a todos quantos se interessassem pela proposta pela aquisição da casa própria.

O que caracteriza um instituto jurídico não é o nome que lhe é dado, mas sim a sua verdadeira natureza, de modo que se se evidencia uma típica relação de consumo, que ocorre quando uma empresa constrói e vende no mercado imóvel urbano objeto de um empreendimento de grande porte, sob o regime de condomínio, está claro que incide o Código de Defesa do Consumidor, eis que constatados os traços característicos de uma relação de consumo assim descritas na Lei 8.078/90, cujo artigo 2º estabelece que:

> *"consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" e, outrossim, nos termos de seu artigo 3º "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".*

Por relação de consumo deve se entender aquele vínculo que une o consumidor e o fornecedor de produtos ou serviços colocados no mercado de consumo e aptos à plena utilização e fruição pelo consumidor, assim definidos, ambos, como se viu, dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90, acima transcritos. Esse vínculo ou

decorre da lei ou do contrato e, no caso, do contrato celebrado entre as partes, como se infere do contrato de fls. 20 e seguintes, tendo sido o imóvel financiado pela CEF dentro do programa Minha Casa Minha Vida.

A relação de consumo, assim, é típica e está induvidosamente presente no caso concreto, ensejando a aplicação do CDC, até mesmo porque, como se infere dos documentos que instruíram a inicial, em especial a propaganda feita pelas rés tratava-se da construção e venda de imóvel urbano dentro do referido programa.

Ora, sendo regido pela lei 8.078/90, sabe-se que a oferta obriga o fornecedor e, nos termos do art. 30 do CDC deve ser suficientemente precisa, integrando o contrato que vier a ser celebrado.

Assim, de nada adiante a apelada afirmar que o contrato não trouxe nada dispondo sobre a construção da área de lazer no condomínio Itália II.

A lei diz que essa oferta integra o contrato, conste dele expressamente ou não. O documento de fls. 51 mostra que na propaganda veiculada pela construtora e segunda ré, em seu endereço eletrônico havia a descrição de que no residencial Itália I haveria área de lazer. É certo que a autora adquiriu sua unidade no Residencial Itália II, mas pelo que se afere da conduta das partes havia também a previsão da construção de área de lazer naquele residencial.

Primeiro porque, se nos demais residenciais do mesmo conjunto, cada bloco tinha sua área de lazer, qual a razão pela qual no residencial II, lançado depois do I, não haveria benefício idêntico?

Segundo, isso era tão certo que motivou a reclamação não apenas da autora, mas de todos os demais outros moradores, o que se viu da ata da constituição do condomínio, em que expressamente um representante legal da empresa ré se comprometeu a construir "*a área de lazer com piscina e churrasqueira, a qual seria arborizada e comum aos demais edifícios"*, como consta expressamente no documento de fls. 57/61.

O próprio douto juízo reconheceu que a segunda ré descumpriu o dever de construir a área de lazer, como se viu do excerto acima transcrito, que reproduzo:

> *"Ocorre que a parte requerida não acostou aos autos nenhum documento que indicasse quais obras seriam feitas no condomínio, sendo certo que somente afirmou que no contrato não consta a especificação de qualquer área de lazer.*
>
> *Por outro lado, a parte requerente demonstrou que a requerida Delgado Setzer havia prometido a construção de uma área de lazer aos adquirentes das unidades do Residencial Itália, conforme cópia do site da requerida (fl. 51).*
>
> *Ademais, o Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel acostado às fls. 132/135, quando dispõe sobre o imóvel e suas características na cláusula II, apenas indica a sua localização e suas dimensões, não fazendo qualquer menção às benfeitorias atinentes ao empreendimento, especialmente quanto à área de lazer.*
>
> *Apesar da parte requerida alegar que "somente houve a recusa de um brinde, nada além disso" (fl. 91), ocorre que na ata da assembleia de fls. 57/60, os representantes da construtora Delgado Setzer informaram que "no menor tempo possível também será disponibilizado aos condôminos a área de lazer com piscina e churrasqueira", sem qualquer referência de que esta obra seria construída a título gratuito.*
>
> *Nestas circunstâncias, deve ser considerado que havia previsão da construção da área de lazer desde a venda das unidades do Residencial Itália e que, por culpa da construtora requerida, sua construção não ocorreu.*

> *Desse modo, a não entrega da obra nos termos prometidos, desacompanhada de outros elementos capazes de abalar o psíquico dos requerentes, não enseja indenização por danos morais."*

Outrossim, na r. sentença, o douto juízo ainda demonstrou a impossibilidade de se obter uma obrigação de fazer (cuja legitimidade, aí sim, seria do condomínio e não da autora isoladamente), eis que:

> *"Devo ressaltar também, que o pedido de acesso também não pode ser objeto de pedido contra a empresa construtora, pois atualmente os blocos já estão prontos e com moradores e, diante do fechamento de todos os blocos por muros (como podemos ver nas fotografias de fls. 69-73), qualquer pedido da espécie atingirá a esfera de interesse jurídico dos demais blocos, que constituíram condomínios próprios e devem defender seus próprios interesses. Qualquer acesso neste sentido, deverá envolver todos os condomínios (os 5 existentes) e, exigirá a demolição de muros e, provavelmente até mesmo do arremedo de área de lazer hoje existente, pois se encontra em local próximo de um único bloco, dificultando sua disposição no terreno de modo a dar acesso a todos os blocos". (fls. 172).*

O ato da ré, assim, é abusivo, flagrantemente antijurídico e ilegal. Quebrou com o dever de lealdade e boa-fé com que se houve quando da demonstração da planta do imóvel e das benfeitorias que o integrariam, notadamente a área de lazer, certamente um dos atrativos principais de um empreendimento desse tamanho, pela capacidade de proporcionar ao morador momentos de lazer, descanso e entretenimento, com seus amigos e familiares.

A conduta da ré, outrossim, revelou-se uma prática abusiva, nos termos do art. 51 do CDC, até mesmo porque nada dispôs no contrato sobre a possibilidade de reembolsar o consumidor, no caso a autora, da quantia já paga em razão de não ter entregue o imóvel na exata conformidade com o que foi prometido e cuja obrigação expressamente depois reconheceu como existente, ao fazer consignar na ata de constituição do condomínio que iria construir a área de lazer, conduta jamais cumprida.

Caracterizado, assim, que a segunda ré assumiu a obrigação de construir também no residencial onde a autora adquiriu uma unidade imobiliária essa área de lazer, não construída, resta aferir se houve descumprimento contratual e se esse descumprimento gera o dever de indenizar, tanto por dano material, quanto por dano moral, pedidos que foram julgados improcedentes pelo douto juízo.

E não tenho dúvida em afirmar que ambos os pedidos procedem.

Quanto aos Danos Materiais

A pretensão da autora está fundada, quanto a essa rubrica, no argumento de que sofreu perdas e danos, nos termos dos arts 389 e 402 do CC.

Segundo ela, o imóvel adquirido desvalorizou-se com a não construção da área de lazer. Como é impossível construir área de acesso à área de lazer, também não construída, eis que nesse acesso foram construídas garagens para carros do condomínio, pretende ser indenizada pela perda decorrente da desvalorização sofrida pelo imóvel, que certamente teria um valor comercial com a área de lazer construída, e tem outro valor, menor, sem referida área.

Não existem dúvidas de que realmente esse é um fato e uma consequência do inadimplemento da obrigação contratual de construir essa área, quer constasse expressamente do contrato, quer porque constou da ata da reunião do condomínio, retro transcrita, quer porque, também, emerge do disposto no artigo 30 da Lei 8.078/90, estando essa obrigação – prometida quando da oferta – inserida como cláusula legal que faz parte integrante do contrato, segundo os claros termos do referido dispositivo.

Lucros cessantes são aqueles lucros que a parte inocente deixou de auferir, em razão do inadimplemento da obrigação da outra parte. Contêm previsão legal no art. 402 do Código civil. A lei fala em indenizar aquilo que o autor razoavelmente deixou de ganhar, de tal sorte que, assim, não pode se constituir em fator de enriquecimento sem causa do credor, razão pela qual o valor respectivo, a ser imposto na ação de indenização, não deve ultrapassar aquilo que razoavelmente ficar evidenciado que a parte inocente experimentou a título dessa espécie de dano.

A seu respeito escreve com muita propriedade Fabrício Zamprogna Matiello[1]:

> *"Os lucros cessantes são constituídos pela extensão econômica da privação de ganhos impingida ao credor como resultado do inadimplemento. Noutras palavras, tudo o que o credor razoavelmente deixou de auferir como decorrência da inexecução integra os chamados lucros cessantes.*
>
> *A apuração dos lucros cessantes deve ser rigorosa, mesmo porque nem toda expectativa do credor quanto a determinada relação jurídica se enquadra nessa definição. Somente os ganhos comprovadamente frustrados serão considerados lucros cessantes, do que decorre a lógica conclusão no sentido de que meras esperanças, distantes expectativas e quimeras não integrarão a categoria dos lucrum cessans, pois do contrário tornar-se-ia infinito o rol de itens a serem compostos pelo devedor inadimplente, situação que refoge à vontade do legislador, voltada para a justa e rigorosamente correta indenização as perdas e danos. Qualquer exagero provocaria indevido enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra".*

Se a autora adquiriu o imóvel contando com sua integração a uma área de lazer, passou a experimentar desvalorização dele a partir do momento em que a primeira ré descumpriu os termos da oferta e do próprio contrato.

Essa desvalorização imobiliária é que se constitui na expressão econômica concernente ao que a autora razoavelmente deixou de ganhar com o imóvel adquirido, ainda que não venha colocá-lo à venda, mas pelo fato de ter pago valor maior do que aquele que certamente pagaria se soubesse que a área de lazer não existiria.

Não é possível quantificar esse elemento agora no processo, devendo ser objeto de apuração por via de arbitramento, em fase de liquidação de sentença, em que o Sr. Perito, até, em uma mera comparação entre o valor de mercado do mesmo tipo de imóvel, no outro condomínio servido com área de lazer, pode estabelecer a diferença de preço entre um e outro, apontando, assim, a perda que a autora teve pelo fato de que a ré não cumpriu sua obrigação.

Logo, fundado no art. 402 do CC e por força do disposto no art. 30 da lei 8.078/90, bem assim como no artigo 927, também do mesmo diploma legal, é induvidoso o dever de indenizar por parte das rés, impondo-se o acolhimento do pedido contido na inicial, estabelecendo-se aqui o *an debeatur*, relegando-se para a fase de liquidação de sentença, por arbitramento, o *quantum debeatur*.

Quanto aos Danos Morais

É assente na doutrina e na jurisprudência que o inadimplemento contratual, por gerar mero dissabor para a parte inocente, não sujeita a parte que inadimpliu ao pagamento de danos morais.

Não é esta a intelecção que se deve extrair aqui, contudo, porque o inadimplemento da obrigação de construir a área de lazer protraiu-se no tempo e ocasiona à autora – bem assim seus familiares – mais do

1 Fabrício Zamprogna Matiello. **Código Civil Comentado.** Editora LTR, 6a. ed., p. 225.

que mero dissabor, mas verdadeira experiência vivenciada cotidiana e diuturnamente, principalmente em fins de semana e feriados prolongados, em que não pode ela ter o uso e gozo de uma benfeitoria que lhe proporcionaria momentos de alegria, de descanso, de lazer, ao lado de seus familiares.

Repetindo-se esse fato em seu cotidiano, porque está definitivamente privada do uso da área de lazer, que não foi construída, experimenta dissabores e lhe ocasionam experiência constrangedora e até humilhante, por se ver forçada a ter que se manter no interior de seu imóvel, de forma obrigatória, quando poderia estar desfrutando do prazer da companhia de amigos e familiares em ambiente mais agradável e acolhedor, como induvidosamente é uma área de lazer, inclusive em qualquer dia da semana, em especial nas auspiciosas noites de calor vivenciadas em Mato Grosso do Sul.

O dano moral está configurado na espécie, não se constituindo em mero dissabor que pudesse indicar a inviabilidade da indenização a esse título, pelo fato de que o rompimento da avença reflete no cotidiano da autora, no seu dia a dia e em especial nos momentos em que mais necessita da área que não foi construída para o seu descanso, para o seu lazer, como o próprio nome indica.

Há, no caso, consequências fáticas que são capazes de ensejar abalo psicológico na autora, ensejadoras do dever de indenizar. Há, no caso, muito mais do que mero inadimplemento contratual. Há a perpetuação de uma situação de fato que vem sendo vivenciada diuturnamente pela autora, com essa aptidão, já mencionada, de lhe causar constrangimento e abalo psicológico e emocional.

O desconforto moral vivenciado pela autora me parece induvidoso, o que enseja também o dever de indenizar a esse título, segundo o disposto no art. 927 do CC.

Toda a caudalosa jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, assim, que se firmou no sentido de não ser indenizável a título de dano moral o descumprimento do contrato, por gerar mero aborrecimento, não tem aqui qualquer aplicação.

O abalo experimentado pela autora, no seu cotidiano, ultrapassa os umbrais do mero aborrecimento, para desaguar no abalo mencionado acima, ensejador do dano moral, que a meu modo de ver deve ser imposto, até como forma de mostrar o repúdio do Estado-Juiz a atos dessa natureza por parte de uma empresa que constrói e vende sonhos e depois os frustra, ao deixar de cumprir com exatidão e com retidão o que prometeu.

Em acórdão que *contrario sensu* admite a indenização por danos morais para situações que extrapolam o mero dissabor pelo inadimplemento contratual, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu – e vem decidindo também nesse sentido – que:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - DANOS CONSTATADOS QUE EXORBITAM A ESFERA DE MERO DISSABOR - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DA RAZOABILIDADE - REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/ STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA CONSTRUTORA.*
>
> *1. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada.*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano indenizável,* ***devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico. Precedentes.***

> *O Tribunal de origem consignou estar abundantemente comprovada a presença dos requisitos necessários à responsabilização da construtora ao pagamento dos danos suportados pelo atraso na entrega do imóvel. Rever esta conclusão encontraria óbice na Súmula 7/STJ.*
>
> *3. A indenização por danos morais fixada em quantum sintonizado ao princípio da razoabilidade 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 manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula n. 7/STJ.*
>
> *Precedentes.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 391.324/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015)"

Aqui há, como mostrado acima, essas *"consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico"* na autora, como destacado no voto transcrito. Há que se impor, consequentemente, o dever de indenizar pelo abalo moral experimentado pela autora, em razão da quebra contratual promovida pela primeira ré e apelada, ao passo que a segunda ré contribuiu para o evento lesivo por ter feito a propaganda em que se noticiava a venda e construção com a área de lazer incluída, fato referendado mais tarde, como se viu, por aquela que celebrou o contrato de financiamento junto a CEF dentro do programa Minha Casa Minha Vida.

Quanto ao valor do dano moral.

Em se tratando de indenização por dano moral, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante da ofensa causada.

A propósito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos do enunciado 37 da Sumula desta Corte, 'são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato'. II – O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.*
>
> *III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso"* (STJ – Recurso Especial (RESP) – nº 135202/97 – SP – RIP: 39429 – rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 19/05/1998, DJU. 03/08/1998, p. 244).

Presentemente, já em sede de recurso especial repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça sacramentou esse entendimento, como se vê deste aresto, firmado sob a égide do art. 543-C do CPC:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES*

DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) ***na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.***

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Todavia, para se atingir esse desiderato, sabe-se que a lei não traz parâmetros para estabelecer o respectivo *quantum* indenizável. O caso concreto é quem fornecerá ao julgador os elementos necessários para delinear o valor a ser pago.

Na lição de Yussef Said Cahali[2]:

"Nesta espécie de dano adquire particular relevo informativo na fixação do quantum indenizatório a intensidade do dano moral do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão social, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade profissional desenvolvida e seus ganhos, sua idade e sexo, além de outros requisitos que possam ser levados em conta."

Do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro extraem-se os elementos sobre os quais pode o juiz fundar o arbitramento do valor do dano moral, no caso concreto que lhe é apresentado:

"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

2 *in Dano Moral*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.

> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente"* (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030).

Outrossim, o julgador deve atentar para a natureza jurídica da indenização, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira[3], nos seguintes termos:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*

Sérgio Cavalieri Filho[4], ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

> *"Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade.*
>
> *A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

Neste aspecto, ilustrativa a lição de Maria Helena Diniz[5]:

> *"Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável"*

Portanto, de se concluir que, na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

3 *In* **Responsabilidade Civil,** 4ª ed., 1993, p. 60.

4 **Programa de Responsabilidade Civil,** 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93.

5 **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89, V. 7.

A meu ver, diante desse quadro e atento às diretrizes que orientam a fixação do valor da indenização por dano moral, pela privação de um bem da vida que foi prometido na venda do imóvel e que dele posteriormente não passou a integral, obstaculizando a que a autora pudesse vivenciar momentos de tranquilidade e paz em seu próprio lar, pelos motivos já acima delineados e atento, ainda, ao fato de que a ré tem condições econômicas de suportar o valor a ser arbitrado, o qual deve servir de desestímulo a que reitere na prática abusiva tal qual a praticada no caso concreto, entendo que R$ 20.000,00 (vinte mil reais) consubstancia-se em valor adequado e proporcional aos transtornos gerados até presentemente e ainda para o futuro, à autora, amoldando-se, também, à capacidade econômica das rés, com aptidão para atender aos escopos da responsabilidade civil, de caráter compensatório à vítima e punitivo ao infrator.

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso da autora apelante, rejeito as preliminares de ilegitimidade ativa da autora e passiva da corré Delgado Setzer Incorporadora & Construtora, mantendo-a no polo passivo da relação processual, bem assim como rejeito a prejudicial de prescrição da pretensão indenizatória e, quanto ao mérito, dou-lhe provimento para o fim de reformar a r. sentença e julgar procedentes os pedidos contidos na inicial, condenando as corrés a reparar os lucros cessantes ocasionados à autora, a ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento, bem assim como os danos morais, estes fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a serem corrigidos desde a data da publicação deste acórdão, com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, até efetivo pagamento.

A liquidação da sentença, por arbitramento, haverá de ser feita tomando-se por base a diferença entre o preço de venda do imóvel similar ao do adquirido pela autora, no mesmo complexo condominial construído pela ré, em que há acesso do morador à área de lazer e parte integrante da unidade residencial respectiva, e aquele adquirido pela autora, que não conta com o mesmo benefício e benfeitoria.

Apurado o valor em laudo pericial, será ele corrigido monetariamente pela variação do IGPM-FGV, desde a data do laudo, com juros de mora a partir de então, também, à razão de 1%, até total liquidação da obrigação.

Consequentemente, condeno as rés ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da dupla condenação, devidamente corrigidos até a data do efetivo pagamento.

Com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, declaro a resolução do mérito.

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

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do vogal (Des. Claudionor), após o relator e o revisor terem rejeitado as preliminares, a prejudicial e dado provimento ao recurso.

VOTO (EM 16.03.2016)

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

Pedi vista dos autos para melhor entendimento dos fatos, à luz do recurso de apelação interposto por Rosana Tiemi Fuzii, em face de TLE 1 Empreendimentos Imobiliários Ltda., e ADMS Desenvolvimento Imobiliário Ltda., no qual ela se insurge em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, cujo resultado foi o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa quanto ao

pedido de obrigação de fazer e do consequente prejuízo da análise da preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelas requeridas quanto ao mesmo pedido, e, no mérito, julgou improcedente o pleito de indenização por danos morais.

Após acurada análise dos autos, entendo que é caso de acompanhar o e. Relator, tanto no afastamento da preliminar de ilegitimidade ativa da apelante quanto na rejeição da ilegitimidade passiva das rés, mantendo todos nos respectivos polos processuais.

Contudo, mister se faz uma ressalva, apenas para esclarecer um ponto que auxilia no reforço à idéia de que tanto os danos materiais e morais são devidos.

Isso porque, ao analisar as teses de ilegitimidade tanto ativa quanto passiva, a sentença e o i. Relator não atentaram para a inocuidade dessa providência, haja vista que o juiz singular sequer deveria ter se pronunciado sobre esses temas, os quais estavam ligados ao pedido de obrigação de fazer.

E, ao analisar a petição inicial, especialmente no item b (f. 11), conjugado com a causa de pedir que lhe deu suporte, verifica-se que sequer a autora pretendia a tutela específica consistente na obrigação de fazer, dado a sua impossibilidade prática, sendo claro no referido item ao requerer somente as perdas e danos decorrentes das consequências descumprimento das rés quanto à obrigação de construir a área de lazer.

Assim, se não havia pedido de obrigação de fazer, nenhuma preliminar a esse respeito seria cabível, dado o risco de o juiz decidir sobre questão não solicitada pela parte (art. 460, CPC/1973).

De qualquer modo, é evidente que não é caso de divergir sobre esse ponto na solução dada pelo i. Relator, mas sim de reforçar que não há óbice algum a que o Tribunal ultrapasse o exame das teses de ilegitimidade ativa e passiva, e julgue os pedidos de perdas e danos e de danos morais, os quais devem ser julgados procedentes, nos termos do voto do relator.

Diante do exposto, acompanho o relator para dar provimento ao recurso, afastando a preliminar de ilegitimidade ativa da autora/apelante e de ilegitimidade passiva das rés, julgando procedente os pedidos de dano material (perdas e danos, lucros cessantes) e de dano moral.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, afastaram a prejudicial e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 16 de março de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0015408-14.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C COBRANÇA – POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA – PENSÃO POR MORTE FICTA CONCEDIDA EM ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO – INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 117, §§ 1º, 2º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 53/90 – PAGAMENTO LIMITADO A TANTAS COTAS DE VENCIMENTOS QUANTOS FOREM OS ANOS DE SERVIÇO PRESTADOS – PENSÃO VITALÍCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Segundo entendimento desta Corte, a interpretação do § 2º do já revogado art. 117 da Lei Complementar n. 53/90 é no sentido de que a pensão devida aos dependentes do policial militar excluído deve ser paga em tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviços trabalhados pelo militar, não se podendo confundir com a pensão vitalícia, esta devida em casos de morte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de maio de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Não obstante a sentença recorrida ter sido prolatada na vigência do CPC/73, denoto que o magistrado de primeiro grau não realizou o juízo de admissibilidade, cuja competência, nos termos do art. 1.010, §3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC, passa a ser do Tribunal de Justiça.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Conceição Alves dos Santos Aguirre, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória c/c cobrança de pensão que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da decisão que determinou o arquivamento do feito.

Afirma ser dependente/beneficiária vitalícia da pensão policial-militar prevista no art. 125 c/c o art. 117, §§ 1º, 2º e 3°, da Lei Complementar n. 53/1990.

Defende que o direito à percepção da pensão adveio quando da prolação do acórdão desta Corte que julgou procedente o pedido. E mais, apesar de interposição de recurso perante o STJ e STF, não houve qualquer modificação, tendo ocorrido o trânsito em julgado do feito.

Explana que, através da leitura do acórdão, o direito da apelante foi deferido sem ressalva, na totalidade, inclusive quanto à limitação temporal.

Argumenta que a decisão de f. 617 claramente descumpriu ordem judicial.

Sustenta que a pensão policial-militar, prevista na segunda parte do § 1º do artigo 117 da Lei Complementar nº 53/1990, não possui o caráter provisório, mas vitalício, como direito aos dependentes, em virtude da equiparação ao policial falecido fora do serviço, recebendo proporcionalmente ao tempo de contribuição previdenciária ao regime de previdência estadual.

Reverbera que o artigo 117 da Lei Complementar 53/1990 não afronta a moralidade, o bom senso, a lógica, tampouco premia o policial militar criminoso, insubordinado ou indisciplinado, em razão de seus atos ilícitos, mas tão somente resguarda o princípio constitucional da individualidade da pena, além de assegurar aos seus dependentes o meio de subsistência.

Obtempera que a suspensão dos pagamentos da pensão militar por morte ficta é ilegal e absurda, sendo que o julgado não delimitou o tempo para o recebimento e o artigo 117, especificamente o § 2º, não estipulou um tempo máximo para o recebimento da pensão militar.

Alega que a Administração Pública está descumprindo uma decisão judicial e modificando diametralmente a orientação jurisprudencial e a própria legislação, alterando e limitando o tempo de pagamento da pensão militar, sem o devido processo legal e o contraditório, tornando ainda mais ilegal a suspensão do pagamento da pensão militar por morte ficta.

Requer o provimento do recurso.

Embora intimado, o apelado não apresentou contrarrazões. (f. 673)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Conceição Alves dos Santos Aguirre, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória c/c cobrança de pensão que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da decisão que determinou o arquivamento do feito.

A apelante ingressou com a presente demanda sustentando, em síntese, ser dependente do ex-soldado da Polícia Militar, Adilson Aguirre Martins, matrícula 201.458-0, que foi excluído das fileiras da Polícia Militar do Estado.

Relatou que é casada com o militar pelo regime de comunhão parcial de bens desde 30/04/1991.

Assim, requereu pensão de 70% dos vencimentos da graduação de soldado, como os consectários legais, bem como danos materiais.

Em sede de contestação, o requerido arguiu preliminar de prescrição e, no mérito, pugnou pela improcedência do pedido. (f. 53/86)

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido. (f. 102/110)

Inconformada, recorreu a autora a esta Corte pugnando pela reforma da sentença.

A então Terceira Turma Cível, proveu o recurso da requerente e julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

> *"Diante dessas razões conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido inicial e determinar que a apelante seja incluída como pensionista do Estado de Mato Grosso do Sul, para receber a pensão até o limite de 70% do valor que o ex-soldado da Polícia Militar Adilson Aguirre Martinhs, matrícula 201.458-0, recebia em atividade, e ainda para condenar o apelado ao pagamento dos valores já vencidos, desde a exclusão do ex-policial militar, e não alcançados pela prescrição quinquenal, valores esses que deverão ser devidamente reajustados e corrigidos pelo INPC, a contar da data do efetivo prejuízo (Súmula n. 43 do STJ), e juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação."* (f. 162/174)

Opostos embargos de declaração pelo Estado, estes foram rejeitados (f. 190/196).

Por sua vez, o requerido interpôs recurso especial e extraordinário (f. 197/216; 225/243), tendo o primeiro recurso sido admitido e o segundo inadmitido (f. 277/280).

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial e determinou o retorno dos autos a esta Corte para se manifestar sobre o ponto omisso (f. 288/292).

A então Terceira Turma Cível acolheu os embargos apenas para esclarecer os pontos questionados, sem contudo, atribuir-lhes efeitos infringentes (f. 298/303).

Apesar da interposição de recurso especial e extraordinário (f. 304/347), o acórdão prolatado por esta Corte foi mantido, tendo ocorrido o trânsito em julgado (f. 526, 563).

A autora peticionou nos autos requerendo a execução provisória do feito (f. 571/575).

Após algumas fases processuais, peticionou o requerido informando que, como o ex-policial militar Adilson Aguirre Martins contava com 10 anos e 10 meses de tempo de serviço prestado a época de sua exclusão (12.7.1996), somente seria devido à pensionista o pagamento de 10 cotas sucessivas e limitadas ao percentual de 70% da última remuneração do policial excluído (f. 604/608).

E mais, *"a requerente não ganhou o direito à pensão vitalícia ou indefinida como tenta fazer crer. O Estado em sua manifestação de fl. 583-584 deixou claro que restou reconhecido tão somente o direito ao recebimento da vantagem prevista no já revogado artigo 117 da Lei Complementar Estadual n.º 53/90"* (f. 615).

Diante disso, o magistrado a quo assim decidiu:

> *"No que tange à pensão pleiteada, o Estado com razão informa que a autora só terá direito a requerer valores de forma retroativa, uma vez que não se trata de pensão vitalícia, mas proporcional a tantas cotas quanto foram os anos trabalhados pelo ex-militar, como claramente se denota do artigo 117 da Lei Complementar Estadual 53/90.*

> *Ante o exposto, caberá a parte autora, se desejar, ingressar com a execução de sentença, nos moldes do artigo 730 e seguintes do CPC para receber valor que lhe é devido."* (f. 617)

Inconformada, a apelante opôs embargos de declaração que foram rejeitados (f. 650/651).

Assim, ingressou com o presente recurso.

Afirma ser dependente/beneficiária vitalícia da pensão policial-militar prevista no art. 125 c/c o Art. 117, §§ 1º, 2º e 3°, da Lei Complementar n. 53/1990.

Defende que o direito à percepção da pensão adveio quando da prolação do acórdão desta Corte que julgou procedente o pedido. E mais, apesar de interposição de recurso perante o STJ e STF, não houve qualquer modificação, tendo ocorrido o trânsito em julgado do feito.

Explana que, através da leitura do acórdão, o direito da apelante foi deferido sem ressalva, na totalidade, inclusive quanto à limitação temporal.

Argumenta que a decisão de f. 617 claramente descumpriu ordem judicial.

Sustenta que a pensão policial-militar, prevista na segunda parte do § 1º do artigo 117 da Lei Complementar nº 53/1990, não possui o caráter provisório, mas vitalício, como direito aos dependentes, em virtude da equiparação ao policial falecido fora do serviço, recebendo proporcionalmente ao tempo de contribuição previdenciária ao regime de previdência estadual.

Reverbera que o artigo 117 da Lei Complementar 53/1990 não afronta a moralidade, o bom senso, a lógica, tampouco premia o policial militar criminoso, insubordinado ou indisciplinado, em razão de seus atos ilícitos, mas tão somente resguarda o princípio constitucional da individualidade da pena, além de assegurar aos seus dependentes o meio de subsistência.

Obtempera que a suspensão dos pagamentos da pensão militar por morte ficta é ilegal e absurda, sendo que o julgado não delimitou o tempo para o recebimento e o artigo 117, especificamente o § 2º, não estipulou um tempo máximo para o recebimento da pensão militar.

Alega que a Administração Pública está descumprindo uma decisão judicial e modificando diametralmente a orientação jurisprudencial e a própria legislação, alterando e limitando o tempo de pagamento da pensão militar, sem o devido processo legal e o contraditório, tornando ainda mais ilegal a suspensão do pagamento da pensão militar por morte ficta.

De início, cumpre esclarecer qual é a legislação a ser aplicável no julgamento deste recurso, em razão da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no dia 18 de março de 2016.

Nos termos do art. 14 do atual Código de Processo Civil, a norma processual nova será aplicável imediatamente aos processos em curso, contudo, não atinge os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. *In verbis*:

> *"Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso,* ***respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogadora****"* – destaquei

Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, comentando o referido dispositivo legal, lecionam que:

> *"[...] Há, no processo, fenômeno semelhante e assimilável ao direito adquirido processual. Por isso é que se diz que a nova lei, embora se aplique aos processos em curso, não atinge situações consolidadas, dentro do processo [...] A aplicação imediata, então,*

> *é a regra e supõe respeito a situações "consolidadas", tudo com o intuito quase único de evitar que as partes se surpreendam com as novas regras"* (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo, 3ª Ed., Editora RT, p. 73/74)

Assim, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973 aos atos praticados e recursos interpostos sob sua égide.

Nessa linha é o Enunciado Administrativo n. 2 do STJ:

> *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."*

No caso, como a sentença proferida nos embargos de declaração foi proferida em 1/03/2016, adota-se ao presente recurso às normas do Código de Processo Civil de 1973.

Feitos tais esclarecimentos, passo a análise do recurso.

A questão posta no presente recurso cinge-se em saber se a autora possui o direito de receber pensão vitalícia, nos termos do já revogado art. 117 da Lei Complementar Estadual 53/90.

O provimento jurisdicional ora executado, que foi o acórdão proferido pela então Terceira Câmara Cível desta Corte assim dispôs:

> *"Diante dessas razões conheço do recurso e dou-lhe provimento, para* ***julgar procedente o pedido inicial e determinar que a apelante seja incluída como pensionista do Estado de Mato Grosso do Sul, para receber a pensão até o limite de 70% do valor que o ex-soldado da Polícia Militar Adilson Aguirre Martinhs, matrícula 201.458-0, recebia em atividade,*** *e ainda para condenar o apelado ao pagamento dos valores já vencidos, desde a exclusão do ex-policial militar, e não alcançados pela prescrição quinquenal, valores esses que deverão ser devidamente reajustados e corrigidos pelo INPC, a contar da data do efetivo prejuízo* (Súmula n. 43 do STJ)*, e juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação."* (f. 162/174) - destaquei

Assim estabelecia o supracitado artigo:

> *"Art. 117. O falecimento do policial-militar da ativa acarreta interrupção do serviço policial-militar, com o conseqüente desligamento ou exclusão do serviço ativo, a partir da data da ocorrência do óbito.*
>
> *§ 1º - O policial militar que contar, no mínimo, com 10 anos de serviço e for demitido ou excluído da Corporação em conseqüência de sentença transitada em julgado, será reputado na condição prevista no "caput" deste artigo.*
>
> *§ 2 º - No caso do parágrafo anterior os dependentes, farão jus a tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviço trabalhados pelo policial militar condenado, até o máximo de tempo exigido para integralização do tempo de serviço, sendo de no máximo 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo."* - destaquei

A leitura do artigo ora analisado não deixa dúvidas de que inexiste direito a pensão vitalícia para o militar que foi excluído a bem da disciplina das fileiras da Polícia Militar. Na verdade, o único benefício que o dispositivo previu expressamente foi o pagamento de pensão limitada a tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviço prestados pelo ex-policial condenado e excluído da corporação.

Ora, a pensão a que faz jus a apelante não é aquela devida em decorrência de Policial Militar falecido – vitalícia - mas sim, aquela prevista no parágrafo segundo do art. 117 da Lei Complementar nº 053/1990.

Nessa linha, inclusive, já se manifestou esta Corte, no julgamento do mandado de segurança nº 2011.016377-7, de Relatoria do Des. Rubens Bergonzi Bossay:

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DE PARTE – PRELIMINAR ACOLHIDA - PENSÃO FICTA – PAGAMENTO DAS QUOTAS – ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS À CORPORAÇÃO – SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *(...) As quotas de vencimentos correspondem a cada ano de serviços trabalhados pelo policial-militar condenado e excluído da Corporação.*
>
> *A interpretação do §2º do art. 117 da Lei Complementar n. 53/90 é no sentido de que a pensão será paga aos dependentes em tantas quotas de vencimentos quantos forem os anos de serviços trabalhados pelo policial militar condenado."* (Órgão julgador: 3ª Seção Cível; Data do julgamento: 21/11/2011) – grifei

E ainda, como bem fundamentou o Des. Marco André Nogueira Hanson:

> *"E M E N T A - MANDADO DE SEGURANÇA -* ***PENSÃO CONCEDIDA POR MORTE FICTA*** *EM ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO -* ***INTERPRETAÇÃO DO ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR 053/90 - PAGAMENTO DE COTAS CORRESPONDENTES AO NÚMERO DE ANOS DE SERVIÇOS PRESTADOS À CORPORAÇÃO*** *- AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE ATO ILEGAL DA AUTORIDADE COATORA - SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *1- A impetrante tem direito a receber a pensão prevista no parágrafo segundo do art. 117 da Lei Complementar nº 053/1990, ou seja,* ***tantas cotas de vencimento quanto forem os anos de serviços trabalhados pelo Policial Militar condenado, até o máximo de 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo.***
>
> *2-* ***O §2º, do art. 117, da Lei Complementar n. 53/90 deve ser interpretado no sentido de que a pensão concedida ao dependente de policial militar excluído é limitada à quantidade de cotas correspondentes aos anos de serviços prestados pelo militar até o máximo de tempo exigido para integralização do tempo de serviço****."* (Mandado de Segurança - Nº 1600027-07.2013.8.12.0000; Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Seção Cível; Data do julgamento: 12/08/2013; Data de registro: 16/08/2013) – grifei

Colha-se ainda o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça emitido nos autos acima citados:

> *"Muito embora existam decisões do Superior Tribunal de Justiça que têm considerado ilegal a concessão de pensão a dependentes de ex-militares excluídos, com base na antiga redação do art. 117 e parágrafos, da LC 53/90, é certo que, como a pensão foi concedida à impetrante enquanto ainda não havia sido retirado do ordenamento jurídico os citados §§§ 1º, 2º e 3º, do art. 117, da LC nº 53/90, por força de decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada, continuam a amparar o seu pleito.* ***Demais disso, é certo que à impetrante fora assegurado o direito de receber pensão policial militar, com fulcro no art. 117 e seus parágrafos da LC 53/90, com proventos integrais. Dessa feita, não há se falar em pensão vitalícia, como quer a impetrante, já que a pensão que lhe fora concedida não se confunde com a pensão por morte, esta sim, vitalícia. Ao contrário, a pensão por ela recebida se deu em razão da exclusão de seu falecido esposo, ex-militar, da Corporação, conforme previsão do § 1º, do art. 117, LC 53/90.****"* – destaquei

Destarte, não merece provimento o recurso, na medida em que o entendimento do magistrado a quo está em consonância com o desta Corte, no sentido de que a pensão por morte ficta é limitada a tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviço prestados pelo ex-policial condenado e excluído da corporação, não havendo falar, portanto, em pensão vitalícia.

Pelo exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 24 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0012334-13.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE ERRO NA BAIXA DA CARTEIRA DE TRABALHO – IRREGULARIDADE NÃO COMPROVADA – INCIDÊNCIA DA LEI MUNICIPAL 1.129/93 – DANOS MORAIS E MATERIAIS – NÃO CONFIGURADOS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Inexiste qualquer irregularidade ou erro na data que consta na baixa da CTPS da parte autora, uma vez que de acordo com a Lei n. 1.129/93, os servidores admitidos pelo regime celetista, teriam os seus contratos rescindidos sem que houvesse o rompimento do vínculo, permanecendo tais servidores a integrar um Quadro Especial até a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, quando passariam para o Quadro Permanente.

Não há comprovação de ofensa moral da parte autora, bem como que o período em que a CTPS permaneceu com o Município requerido impediu o recolhimento do benefício previdenciário pelo contribuinte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Madalena de Fátima da Fonseca interpõe apelação cível inconformada com a sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação cominatória c/c danos morais movida em face do Município de Três Lagoas, que julgou improcedente os pedidos deduzidos.

Alega que, apesar da rescisão do contrato de trabalho em 1993, não houve a baixa em sua CTPS e o recolhimento da previdência social e demais encargos no período de 1993 a 1998. Sustenta que a retenção da carteira do trabalhador pelo empregador por mais de 48 horas constitui ato ilícito, sendo capaz de atingir a sua esfera moral. Requer o provimento do recurso (f. 165/169).

Em contrarrazões, o Município apelado manifesta-se pelo desprovimento do apelo (f. 175/184).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Madalena de Fátima da Fonseca em face da sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação cominatória c/c danos morais movida em face do Município de Três Lagoas, que julgou improcedente os pedidos deduzidos.

Segundo consta da inicial a requerente ajuizou a presente demanda, alegando que foi contratada em janeiro de 1993 para exercer função de servente, permanecendo no cargo até fevereiro de 1998 quando tomou posse no cargo de auxiliar de limpeza urbana sob a égide do regime estatutário. Aduziu que foi promulgada a Lei Municipal n. 1.129/1993 com efeito retroativo a partir de 04/01/1993. Sustentou que não recebeu direitos trabalhistas do período de 04/01/1993 a 04/02/1998. Afirmou que o Município requerido não havia anotado na CTPS a data do término do primeiro contrato de trabalho, e quando devolvida a CTPS verificou estar errada a data da baixa, constando 04/01/1993, ou seja, apenas dois dias após o início do contrato de trabalho, quando na realidade trabalhou ininterruptamente entre 1993 a 2007. Por tais razões, requereu que o Município requerido fosse compelido a proceder a anotação da data do encerramento do primeiro contrato de trabalho (04/02/1998), ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 40 (quarenta) salários mínimos e recolhimento de contribuição previdenciária ao INSS entre 06/09/2007 a 14/02/2011.

Após contestação (f. 61/77), sobreveio sentença de improcedência dos pedidos (f. 157/161).

Irresignada, a requerente apela a esta Corte, objetivando a reforma da decisão. Para tanto, alega que, apesar da rescisão do contrato de trabalho em 1993, não houve a baixa em sua CTPS e o recolhimento da previdência social e demais encargos no período de 1993 a 1998. Sustenta que a retenção da carteira do trabalhador pelo empregador por mais de 48 horas constitui ato ilícito, sendo capaz de atingir a sua esfera moral.

Compulsando os autos, verifica-se que a requerente foi contratada em 02/01/1993 pelo Município requerido para ocupar o cargo de servente, pelo regime celetista.

Em 26/02/1993, o Município de Três Lagoas promulgou a Lei n. 1.129/93, instituindo o regime jurídico único estatutário, possuindo efeitos retroativos a partir de 04/01/1993.

De acordo com a referida Lei, os servidores admitidos por outro regime jurídico, estáveis e não estáveis, teriam os seus contratos de trabalho rescindidos sem que houvesse o rompimento do vínculo, permanecendo tais servidores a integrar um Quadro Especial até a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, quando integrariam o Quadro Permanente.

A respeito, colho os seguintes dispositivos da Lei municipal:

> *"Artigo 1º - O regime jurídico único dos servidores municiais é o Estatutário, na forma do Artigo 91 da Lei Orgânica do Município.*
>
> *Artigo 2º - Para os efeitos desta Lei, os servidores admitidos por outro regime jurídico, estáveis e não estáveis, que no interesse da administração devam permanecer no quadro, terão seus contratos de trabalho rescindidos com a consequente baixa em suas carteiras profissionais, não implicando tal rescisão em rompimento do vínculo empregatício, permanecendo os mesmos nas suas atividades de origem.*

Parágrafo primeiro – No registro rescisório a ser procedido na carteira profissional constará que a baixa decorre da mudança de regime jurídico, na forma determinada por esta Lei.

[...]

Artigo 3º - Para atender o disposto no artigo anterior fica criado o Quadro Especial da Prefeitura Municipal de Três Lagoas-MS, que será constituído dos servidores considerados estáveis por dispositivo constitucional, e pelos não estáveis, contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

[...]

Artigo 6º - A passagem dos servidores do Quadro Especial para o Quadro Permanente, somente ocorrerá com aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos

[...]

Artigo 19º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação produzindo seus efeitos a partir de 04 (Quatro) de janeiro de 1993." (f. 102/105)

In casu, a requerente foi contratada pelo regime celetista em 02/01/1993 e em 04/02/1998 tomou posse no cargo de auxiliar de limpeza urbana sob a égide do regime estatutário, continuando nos quadros do município até 26/07/2007, quando de sua exoneração a pedido (f. 79/84).

Vê-se que a requerente permaneceu sob o regime celetista de 02/01/1993 a 04/01/1993, por força Lei n. 1.129/93, tendo o seu contrato de trabalho rescindido sem rompimento de vínculo, passando a integrar o quadro especial até 04/02/1998, quando da aprovação em concurso público.

Portanto, não há qualquer irregularidade ou erro na data que consta na baixa da CTPS, qual seja, 04/01/1993 (f. 20).

A pretensão de que a data do término do contrato de trabalho seja 04/02/1998 não prospera, pois nesta data a requerente passou do Quadro Especial para o Quadro Permanente, em virtude da aprovação em concurso, sem rompimento de vínculo.

Como consequência, não merecem guarida os pedidos de indenização por danos morais e recolhimento de benefício previdenciário entre julho de 2007 a fevereiro de 2011, por absoluta ausência de provas dos fatos constitutivos do direito alegado. Não há comprovação de qualquer ofensa moral da requerente, bem como que o período em que a CTPS permaneceu com o Município requerido impediu o recolhimento do benefício pela contribuinte.

Por ser oportuno, transcrevo os fundamentos adotados pelo juízo singular:

"[...] No mérito, por sua vez, do cotejo das alegações trazidas pelas partes é possível concluir que o pedido inicial merece improcedência, senão vejamos.

A Lei Municipal n.º 1.129/1993 trazida aos autos pela parte autora (fls. 39/41), por si, esclarece o fato da Requerente ter sido contratada no dia 02 de janeiro e dois dias depois, 04 de janeiro de 1993, ter sido demitida pelo Município de Três Lagoas (fl. 25).

O registro do contrato de trabalho na CTPS da Requerente evidencia que seu vínculo com a municipalidade iniciado em 02 de janeiro de 1993 seria celetista, até que

a lei municipal retromencionada previu que o regime único dos servidores municipais passaria a ser estatutário (artigo 1º), com efeitos retroativos a partir de 04 de janeiro de 1993, conforme artigo 19 (fl. 41/vº).

Assim, a explicação para a data de baixa do contrato de trabalho da Autora ser apenas dois dias após sua contratação é em razão do cumprimento da Lei Municipal que, por discricionariedade, retroagiu seus efeitos à data de 04 de janeiro de 1993.

Ora, nos termos ainda da legislação, a cessão do contrato de trabalho pelo regime da CLT não representou o rompimento do vínculo empregatício (artigo 2º), isto é, a Requerente continuou trabalhando para o Requerido sob a égide do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Três Lagoas, inclusive após ser aprovada no concurso público.

Portanto, não há que se falar em erro na data de saída em 04 de janeiro de 1993, constante da folha 15 da CTPS da Autora (fl. 25).

Do mesmo modo, não merece também prosperar os pleitos indenizatórios formulados na inicial.

Com efeito, a prova documental trazida nos autos não demonstra qualquer ofensa ao direito da personalidade passível de reparação pelos danos morais.

[...]

Como se vê nos autos, não houve rompimento do vínculo empregatício entre as partes na data de 04 de janeiro de 1993, continuando a Requerente a receber normalmente sua contraprestação remuneratória e verbas reflexas como servidora não concursada até tomar posse em 04 de fevereiro de 1998 (fl. 38), após aprovação em concurso público, e passar a integrar o quadro de servidores efetivos do Município de Três Lagoas (fl. 80).

De igual modo, não merece prosperar o pedido de condenação do Município de Três Lagoas ao recolhimento de benefício previdenciário entre julho de 2007 a 14 de fevereiro de 2011, haja vista que a exoneração da Autora teria sido a seu pedido e tampouco ficou comprovado que o prazo que a CTPS esteve no Município impediu o recolhimento do benefício pela contribuinte." (f. 159/161)

Destarte, não comporta reparos a sentença apelada.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800519-39.2014.8.12.0034 - Glória de Dourados
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MOTORISTA DENUNCIADO POR DIRIGIR EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ – CONDUTA QUE CULMINOU NA SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR BEM COMO NA REALIZAÇÃO DE CURSO DE RECICLAGEM – BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INFRINGÊNCIA DOS ARTS. 165 E 306 DO CTB – NÃO CONFIGURAÇÃO DO *BIS IN IDEM* – PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Conduzir veículo sob influência de álcool configura infração administrativa prevista no artigo 165, bem como crime de trânsito previsto no artigo 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, de modo que o acordo de suspensão condicional do processo formalizado na ação penal não obsta o impetrado de instaurar e julgar processo administrativo.

A aplicação de ambas as penalidades (penal e administrativa) não implica em ofensa ao princípio do *non bis in idem*, pois, apesar de ter natureza fática idêntica uma com a outra, as referidas penalidades possuem tipificações distintas.

Não é ilegal nem inconstitucional que uma pessoa seja responsabilizada mais de uma vez pela prática de um mesmo ato, em razão do princípio da independência das esferas administrativa e penal.

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.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Luiz Carlos Teodoro do Prado, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Glória de Dourados, nos autos do mandado de segurança que move em face de Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul -

Detran/MS, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença denegou a segurança pleiteada e, por consequência, extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Alega que foi penalizado criminalmente pela conduta tipificada no artigo 306, do CTB, a qual inclui a pena de suspensão do direito de dirigir.

Aduz que ao ser aplicada a sanção penal e, depois, a administrativa, pelo mesmo fato, ocorreu o *bis in idem*, por ostentarem a mesma natureza, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso. (fls. 187/193)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Luiz Carlos Teodoro do Prado, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Glória de Dourados, nos autos do mandado de segurança que move em face de Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença denegou a segurança pleiteada e, por consequência, extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Segundo a inicial, o autor, em 15 de março de 2013 estava conduzindo seu veículo na Av. Presidente Vargas na Comarca de Glória de Dourados/MS, quando então, foi abordado pela Polícia Militar, que constatou que o mesmo estava conduzindo sua moto, supostamente, sob efeito de substância alcoólica.

Argumentou que em maio de 2013, o Ministério Público apresentou denúncia (autos n. 000366-73.2013.8.12.0034) contra sua pessoa, pelo crime de trânsito tipificado no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Salientou que em 22 de outubro de 2013, foi-lhe concedida a suspensão do processo, pelo período de dois anos.

Afirmou que em 30 de março de 2014, por determinação do impetrado, houve a abertura do processo administrativo junto ao Detran-MS por infringência do art. 165, do CTB, nº 002250/2014 e portaria nº 002750/2014, o qual culminou na aplicação das penalidades de suspensão do direito de dirigir, bem como, a realização do curso de reciclagem.

Explanou que a pena aplicada administrativamente foi indevida, uma vez que o artigo 306 do CTB prevê a mesma sanção para a infração penal que tipifica, bem como que o processo criminal encontrava-se suspenso.

Por essa razão, impetrou o presente mandado de segurança, objetivando seja declarado nulo os efeitos da medida administrativa tomada pelo impetrado, face o *bis in idem,* com a devolução imediata da Carteira Nacional de Habilitação ao Impetrante.

O impetrado apresentou informações, oportunidade em que pugnou pela denegação da ordem. (fls. 125/135)

Em sentença proferida, o magistrado a quo denegou a segurança e, por consequência, extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Irresignado, o impetrante recorre a esta Corte.

Nas razões recursais, alega que foi penalizado criminalmente pela conduta tipificada no artigo 306, do CTB, a qual inclui a pena de suspensão do direito de dirigir.

Aduz que ao ser aplicada a sanção penal e, depois, a administrativa, pelo mesmo fato, ocorreu o *bis in idem*, por ostentarem a mesma natureza, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Em que pesem os argumentos do apelante, tenho que o recurso não merece provimento.

No caso dos autos, constata-se que o autor foi autuado pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública Detran/Polícia Militar, por estar conduzindo veículo automotor com sinais de alterações da capacidade psicomotora em razão do consumo de bebida alcoólica, conforme auto de infração n. 01068222 acostado às fls. 28.

Com efeito, o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que:

> *"Art. 165. Dirigir sob influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência:*
>
> *Infração – gravíssima;*
>
> *Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.*
>
> *Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.*
>
> *Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses."*

Por sua vez, o Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 306 estabelece que:

> *"Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:*
>
> *Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor."*

Como se vê, conduzir veículo automotor sob influência de álcool configura infração administrativa prevista no artigo 165 do CTB, bem como crime de trânsito previsto no artigo 306 do mesmo diploma legal.

Portanto, ao contrário do que alega o apelante, muito embora tenha sido beneficiado no processo crime, pela suspensão condicional do processo pelo período de 2 (dois) anos (fls. 11), isso não obsta o impetrado de instaurar a abertura do processo administrativo pelo mesmo fato, tendo em vista que o infrator deve responder pelas penalidades pertinentes a cada uma das tipificações, em razão do princípio da independência das esferas administrativa e penal.

Nos autos da infração penal nº 0000366-73.2013.8.12.0034, o autor foi beneficiado pela suspensão condicional do processo mediante as seguintes condições:

> *"a) não se ausentar da Comarca onde reside, por mais de oito dias, sem prévia comunicação ao Juízo; b) comparecer mensalmente em juízo, até o dia dez de cada mês, para informar o endereço e justificar suas atividades; c) não mudar de residência, sem informar o endereço e justificar suas atividades; c) não mudar de residência, sem informar a este juízo; d) não portar qualquer tipo de arma; e) não frequentar boates, casa de prostituição ou estabelecimentos similares; f) não ingerir bebidas alcoólicas; g) como condição subsidiária, pagará o denunciado o valor de R$ 678,00 em benefício do Lar do Menor desta comarca..." (fls. 11)*

No que se refere a prática de infração administrativa, houve a instauração do processo administrativo, tendo sido aplicada ao apelante a penalidade de *"suspensão do direito de conduzir veículos, pelo período sugerido, bem como a participação do mesmo em curso de reciclagem, conforme disposto no art. 268, inciso II do Código de Trânsito Brasileiro."* (fls. 42)

Ademais, caso o autor seja penalizado nos autos da ação penal pelo crime previsto no art. 306 do CTB, não implica em ofensa ao princípio do *non bis in idem*, pois, apesar de ter natureza fática idêntica à pena administrativa, elas possuem tipificações distintas.

Aliás, esse é o entendimento jurisprudencial:

> *"RECURSO INOMINADO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO ORDINÁRIA. COMINAÇAO DE PENAS ADMINISTRATIVA E PENAL. NON BIS IN IDEM. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. INOCORRÊNCIA. MOTORISTA PROFISSIONAL. MANUTENÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE.*
>
> *1 - Independência das esferas e non bis in idem. O fato do autor dirigir sob a influência de álcool, além de configurar infração administrativa, prevista no art.165 do CTB, é crime de trânsito, nos termos do art. 306 do mesmo CTB, devendo o infrator responder pelas penalidades pertinentes a cada uma das tipificações, em razão do princípio da independência das esferas administrativa e criminal. A aplicação de ambas as penalidades cumulativamente não implica em ofensa ao princípio do non bis in idem, em que pese as penas aplicadas nas esferas penal e administrativa serem de idêntica natureza fática: suspensão do direito de dirigir. Isto porque ao autor foram imputadas penalidades que detém tipificações distintas. (...)"* (Recurso Cível Nº 71005276845, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em 25/02/2016).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL. AÇÃO PENAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. A cumulação das sanções penais (art. 306 do CTB) e administrativa (art. 165 do CTB) não representa bis in idem, em razão da independência das esferas penal e administrativa. Precedentes desta Corte. APELAÇÃO IMPROVIDA."* (Apelação Cível Nº 70067413401, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 16/12/2015)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O DIRETOR DO DETRAN/RS. CONDUTOR DENUNCIADO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONDUTA QUE SE CONSTITUI INFRAÇÃO E CRIME DE TRÂNSITO. ARTIGOS 165 E 306 DO CTB. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR IMPOSTA PELA AUTORIDADE DE TRÂNSITO E PELO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE SUSPENSÃO DO DIREITO*

DE DIRIGIR. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO." (Apelação Cível nº 70047314992, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 12/09/2012)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR INDEFERIDA NO 1º GRAU. MANUTENÇÃO. O FATO DA PENA CRIMINAL DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR NÃO EXCLUI NEM SUBSTITUI A PENA ADMINISTRATIVA DE SUSPENSÃO, VISTO QUE HÁ INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. RECURSO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 70048546097, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em17/10/2012)

Outrossim, como bem fundamentado pelo magistrado *a quo*: (fls. 149)

"Muito embora a pena abstrata para o delito do art. 306 do CTB também contenha a suspensão do direito de dirigir, a lei não excluiu a possibilidade de imposição de sanção administrativa pelo mesmo fato pela autoridade de trânsito.

Assim, concluo que as penas em questão são autônomas e que a sanção administrativa pode e deve ser aplicadas independentemente de o paciente ter sido beneficiado pela suspensão condicional do processo penal que apura o crime do art. 306 do CTB, sem que reste configurado o chamado bis in idem.

Ora, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a independência entre as esferas penal e administrativa, não sendo inconstitucional nem ilegal que, pela prática de um mesmo ato, uma pessoa seja responsabilizada mais de uma vez, desde que haja expressa previsão legal."

Destarte, não há falar em nulidade dos efeitos da medida administrativa, pois conforme acima citado, não é ilegal nem inconstitucional que uma pessoa seja responsabilizada mais de uma vez pela prática de um mesmo ato, em razão do princípio da independência das esferas administrativa e penal.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro A técnica de elaboração da sentença civil, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

"E M E N T A - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS.

A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois,

> *ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza."* (Embargos de Declaração nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013.)
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS - SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER - EMBARGOS REJEITADOS."* (Embargos de Declaração nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013.)

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0839603-83.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – ALTERAÇÃO DO VALOR DA MENSALIDADE EM FUNÇÃO DE TROCA DA FAIXA ETÁRIA (60 ANOS) – REAJUSTE DE 165% – ABUSIVIDADE – NULIDADE DA CLÁUSULA – INCIDÊNCIA DO CDC E DO ESTATUTO DO IDOSO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO – RECURSO DESPROVIDO.

Ainda que o contrato tenha sido firmado anteriormente ao Estatuto do Idoso, trata-se de contrato de longa duração e trato sucessivo, sendo renovado anualmente, aplicando-se, portanto, a Lei 9656/98. Assim, quando a autora atingiu a idade de 60 anos, data em que a cláusula de majoração da mensalidade passou a gerar seus efeitos, o contrato já estava sob a vigência do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03 que, em função do seu caráter de ordem pública, tem aplicação imediata, não havendo afronta ao princípio da irretroatividade ou ao ato jurídico perfeito.

Conforme jurisprudência pacífica do e. STJ, a cláusula contendo previsão de reajuste em razão da faixa etária de 165% é abusiva, pois implica no rompimento do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, princípios elementares das relações de consumo, devendo ser declarada nula.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda contra decisão proferida pelo MM Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação revisional de contrato de plano de saúde c/c restituição de valores e indenização por danos morais movida por Neusa Maria Ruiz Bidoia.

Em síntese, alega que:

> *"I - "A principal questão debatida nos autos diz respeito à possibilidade ou não de uma lei nova, ainda que veicule norma de ordem pública, retroagir para incidir sobre relação contratual celebrada antes da sua entrada em vigor. Cuida-se, na hipótese, de um*

contrato firmado pela recorrente junto ao Sicredi (Coletivo por adesão), em 01 de outubro de 2002, sob a égide da Lei Federal nº 9.656/98 e da CONSU nº 06, cujas cláusulas preveem expressamente os reajustes por mudança de faixa etária, e seus respectivos percentuais", destacando que a recorrida teve prévio conhecimento dos termos contratados e do reajuste por mudança de faixa etária, não sendo admissível a alegação de ignorância ou falta de transparência na relação contratual;

II - "fez prova de que o reajuste incidente na mensalidade da recorrida obedecia a todos os critérios legais, quais sejam: a) estava expressamente prevista no contrato; b) as faixas etárias estão claramente discriminadas; c) os respectivos percentuais estão pré-estabelecidos no contrato; d) a recorrida NÃO tinha mais de 10 anos de vínculo contratual. Assim, uma vez que o reajuste atende a todas as normas que vigoravam à época da contratação, não poderia uma norma que lhe é posterior incidir para inquinar de nulidade a respectiva cláusula, sob pena de violação direta à garantia fundamental insculpida no art. 5º XXXVI da CF/88";

III - "Ao proferir a sentença objurgada, o N. Julgador singular entendeu que o art. 15, §3º do Estatuto do Idoso, veda o reajuste por avanço de faixa etária para o usuário com idade igual ou superior a 60 anos, e sob tal fundamento declarou a nulidade da cláusula contratual que previa o reajuste questionado pela recorrida. Ocorre que a correta exegese não permite validar tal raciocínio, uma vez que o Estatuto do Idoso é posterior à celebração do contrato, e por tal razão não pode produzir efeitos e alterar as condições daquele ajuste, que se trata (o contrato) de ato jurídico perfeito, inalcançável pela normativa mais recente, nos termos do art. 6º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do já citado art. 5º, XXXVI da CF/88";

IV – insiste que mesmo os efeitos futuros dos contratos estão albergados pela proteção constitucional do inciso XXXVI do art. 5º, devendo ser afastada a incidência do Estatuto do Idoso da relação contratual em discussão nos autos;

V – o acordo previu a realização de termos aditivos de prorrogação acada 12 meses, "caso cheguem a um acordo acerca do percentual de reajuste anual a ser aplicado" não se tratando, pois, de instrumento de prazo indeterminado;

VI – não se trata de hipótese de seguro saúde, motivo pelo qual o contrato, firmado em 1º de outubro de 2002, pode ser encerrado e até mesmo denunciado a qualquer tempo;

VII – a sentença contraria o disposto no art. 6º, §1º da LINDB ao fazer retroagir a lei nova, afastando ilegalmente a natureza de ato jurídico que alberga as cláusulas do pacto;

VIII – o STJ já reconheceu a legalidade do reajuste por faixa etária de 60 anos nos autos do REsp 646.677/SP, definindo que "deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado" e que, *"em relação aos contratos novos, a Lei 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos";*

> *IX – sucessivamente, defende que "no caso deste N. Colegiado entender que o reajuste aplicado pela recorrente tenha eventualmente onerado em demasia as obrigações da recorrida, não poderá, de outro lado, ignorar o fato de que a vedação absoluta de todo e qualquer reajuste pelo avanço da faixa etária somente inverterá o pólo do desequilíbrio, transferindo-o in totum, e em proporções muito mais elevadas à recorrente, para aí sim inviabilizar a manutenção do contrato",* devendo, assim, ser permitido *"o reajuste do plano de saúde da recorrida pelo alcance da faixa etária de 60 anos acima, ainda que em percentual menor ao aplicado in casu, mas que seja ao menos equivalente ao aplicado para a faixa etária imediatamente anterior, qual seja, de 50,68%, conforme estipulado na tabela de fls. 97, sendo este um percentual apto a manter algum equilíbrio ao contrato em vigor, correspondendo a uma medida que atende às premissas da proporcionalidade e razoabilidade".*
>
> *In fine, pugna: "I - Seja reformada a sentença para afastar a incidência do Estatuto do Idoso ao contrato firmado entre as partes, obstando a retroatividade promovida pela sentença, sob pena de colisão frontal e direta com o art. 5º, XXXVI da CF/88, e violação ao art. 6º, caput e §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que não se pode admitir; II - De outro lado, seguindo o entendimento recém-firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que seja reconhecida a legalidade do reajuste aplicado, nos termos expressamente autorizados pelo art. 15 da Lei nº 9.656/98, afastando a nulidade declarada no decisum, e restabelecendo a validade e eficácia da respectiva cláusula contratual, de modo que seja mantido o reajuste tal como restou implementado, julgando totalmente improcedente a demanda, e impondo os ônus da sucumbência exclusivamente à recorrida; III - Em caráter sucessivo, caso seja reconhecida a abusividade no reajuste empregado sobre a mensalidade da recorrida, que este N. Colegiado promova a pacificação social para permitir a incidência do percentual fixado para a faixa etária imediatamente anterior (50 a 59 anos - 50,68%), de modo a preservar a viabilidade do contrato firmado entre as partes;"*

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Unimed - Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda contra decisão proferida pelo juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação revisional de contrato de plano de saúde c/c restituição de valores e indenização por danos morais movida por Neusa Maria Ruiz Bidoia.

Cinge-se a questão controversa sobre a possibilidade de reajuste do plano de saúde da demandante por mudança de faixa etária, sustentando, em síntese, a legalidade das cláusulas contratuais, sob os seguintes fundamentos: a) incabível a aplicação do Estatuto do Idoso, sob pena de afronta ao princípio constitucional da irretroatividade; b) necessidade de respeito e observância do ato jurídico perfeito; c) legalidade do reajuste por faixa etária, já que satisfeitos os pressupostos legais e definidos na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, em 01.04.2009, a autora firmou contrato de plano de saúde com a apelada, por intermédio da Cooperativa de Crédito Rural de Campo Grande e Região – Sicredi, para ela e sua filha dependente (f. 77).

Considerando que o pacto foi firmado após a entrada em vigor do CDC (Lei nº 8.078/90), da vigência da Lei nº 9.656/98[1] e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), não se admite qualquer reajuste em face da implementação da faixa etária de sessenta anos de idade.

Porém, se considerarmos que o contrato entre a Sicredi e a Unimed foi firmado em outubro de 2002 (f. 81-96) prevendo os aditivos anuais reajuste por transposição de faixa etária para 60 anos, no percentual de 165,45 % (97-104), algumas considerações merecem ser tecidas:

Cediço que o contrato de assistência médica não é mero negócio jurídico com prazo indeterminado, mas sim que se renova de tempos em tempos, sendo, pois, de trato sucessivo e que se subsume às regras do Código de Defensa do Consumidor. O artigo 35 da Lei 9.656/98 é claro quanto à incidência de suas normas a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, senão vejamos:

> *"Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1o de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei".*

Em que pese o Estatuto do Idoso seja posterior ao contrato firmado pela intermediária Sicredi e a apelante, o judiciário deve aplicar a equidade, buscando equilibrar a relação mantida entre segurado e operadora do plano de saúde, considerando, assim, o histórico da relação, por meio da qual, na grande maioria das vezes, o segurado contribuiu ao longo de muitos anos mediante pouca utilização dos serviços contratados. Ademais, a manutenção de um plano de saúde na terceira idade é indispensável nos dias de hoje, em que são altíssimos os custos com saúde e o benefício percebido após a aposentadoria, na maioria das vezes é insuficiente para a manutenção de uma vida digna.

Assim, se não for mantido o equilíbrio contratual entre as partes desta relação, por certo, o contrato será rescindido pela consumidora, em face da insuportabilidade dos aumentos excessivos do prêmio, gerando a falta de amparo e proteção ao idoso.

Em razão de tal é que o § 3º do art. 15 da Lei nº 10.741/2003 reza ser *"vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".*

Sinalo que a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), é norma de ordem pública e de aplicação imediata, em especial porque a externalização do contido na cláusula de majoração da mensalidade ocorreu dentro da sua vigência. Trata-se de norma cogente, decorrente de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. SEGURO SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9656/98 E DO ESTATUTO DO IDOSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 1. O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso. 2. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente*

1 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde

> *na mudança de faixa etária. 3. Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise deve-se dar sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem no que tange à ausência de abusividade ou desproporcionalidade do reajuste, em prejuízo do consumidor, a partir da análise pontual e individualizada de cada um dos percentuais previstos no contrato antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido."* (REsp 1228904/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 08/03/2013)

A incidência do referido diploma legal não significa que suas normas estejam sendo aplicadas de forma retroativa, violando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, mas tão somente adequando o contrato à nova legislação vigente.

Neste sentido, o STJ já se manifestou:

> *"(...) Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos quer antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seria a partir de sua vigência (1º/01/2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no artigo 230 (...) Há de se considerar, em complementação ao raciocínio até aqui delineado, que a abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser (...)"*- (REsp 803.329, Min. Nancy Andrigui, 25/03/2008).

Não bastasse tanto, já está pacificado na jurisprudência que a cláusula de reajuste por faixa etária é de caráter aleatório, cujo aperfeiçoamento condiciona-se a evento futuro.

Vale dizer que, enquanto o contratante não atinge a idade predeterminada, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não restando caracterizado o ato jurídico perfeito, tampouco direito adquirido ao recebimento do reajuste predefinido.

Neste sentido, também do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade.*
>
> *- O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3.º).*
>
> *- Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária.*
>
> *- A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos*
>
> *- Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido*

> *- Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos*
>
> *- E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita a autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98).*
>
> *- Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1.º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230.*
>
> *- A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser.*
>
> *- Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido".* (REsp 809329/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 11/04/2008).

A cláusula em comento, embora preveja o reajuste por faixa etária, deixa de contemplar os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão expressivo de mais de 160% (cento e sessenta por cento). É aí que se insere a proteção instituída pelo CDC, que permite a revisão da cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, IV, X, XV e § 1º.

Em caso análogo, o egrégio Tribunal de Estrito Direito decidiu:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAJUSTE COMPLEMENTAR DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DE ÍNDICE UNILATERALMENTE ESCOLHIDO. VEDAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. É abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado."* (STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag n. 1087391. SP. Ministro Relator Sidnei Beneti. Julgado em 16-4-2009).

De nossa relatoria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE ABUSIVO DA MENSALIDADE – FAIXA ETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – RESTABELECIMENTO DO CONTRATO – DEVIDO – RECURSO PROVIDO. 1. Conforme jurisprudência pacífica do e. STJ, a previsão de reajuste em razão da faixa etária é abusiva, devendo ser declarada nula. Aplicação do Estatuto do Idoso e do CDC. 2. Reajustes abusivos – in casu mais de 100% –, implicam rompimento do*

equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, princípios elementares das relações de consumo. 3. Cabível o restabelecimento do contrato, considerando que se cancelamento se deu como consequência da cláusula nula que, legalmente, não pode gerar efeitos." (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.000844-3/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J. 31/01/2012)

Mostra-se desarrazoado o reajuste de mais de 160% apenas em razão da alteração da faixa etária, sem qualquer demonstração, por parte da apelante, de que foram adotados outros critérios acerca da oneração do contrato que possibilitariam, em tese, a atualização financeira nesse percentual.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E RESTITUIÇÃO DE VALORES – PLANO DE SAÚDE – REAJUSTE DE 113,55% SOBRE O VALOR DA MENSALIDADE QUANDO O CONSUMIDOR COMPLETOU 61 ANOS DE IDADE – CLÁUSULA ABUSIVA.

O reajuste das parcelas mensais do seguro de saúde, em razão da mudança de faixa etária do contratante, está em desacordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso.

Constatado o aumento desproporcional de 113,55% da mensalidade do plano de saúde, impondo ao consumidor obrigação excessivamente onerosa e contrariando a cláusula geral da boa-fé, é induvidosa a abusividade que deve ser declarada, tornando-se-á írrita e permitindo-se, em consequência, a devolução dos valores pagos em excesso." (Apelação Cível n. 0826239-10.2014.8.12.0001 - Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/03/2016; Data de registro: 23/03/2016)

"(...) Os agravantes contam atualmente com mais de 60 anos de idade e, por conta disso, houve um reajuste do valor das mensalidades do plano de saúde em 165%, o que afronta expressamente o Estatuto do Idoso, cujo artigo 15, § 3º, tem a seguinte redação: "É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", além de inviabilizar a manutenção do vínculo contratual, ante à elevação desarrazoada do valor por eles devidos, que impossibilita o pagamento." (Agravo de Instrumento - Nº 1401572-74.2015.8.12.0000 – Camapuã. Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Camapuã; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/03/2015; Data de registro: 18/03/2015)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE REAJUSTE DE ME NSALIDADE SEGUNDO MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - VEDAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DOIDOSO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DECLAROU A NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O reajuste das parcelas mensais do seguro de saúde, em razão da faixa etária do contratante, está em desacordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, notadamente o art. 51, incisos IV, X e XV e da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso. Assim, é vedada a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei 10.741/2003, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária, razão por que a cláusula que assim prevê deve ser considerada a abusiva e declarada ilegal. Recurso conhecido e desprovido." (Apelação - Nº 0818392-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/08/2014; Data de registro: 16/08/2014)

Esta Câmara não destoa:

> *"APELAÇÃO CÍVEL DA OPERADORA – AÇÃO DECLARATÓRIA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPETIÇÃO DO INDÉBITO – PRELIMINARMENTE – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADO – MÉRITO – REAJUSTE DE PARCELA DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE EM FUNÇÃO DA IDADE DO BENEFICIÁRIO E DEPENDENTE – PESSOA IDOSA – REAJUSTE SUPERIOR A 100% – ABUSIVIDADE EVIDENCIADA – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DO ESTATUTO DO IDOSO POR SE TRATAR DE CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO – NORMA COGENTE E DE ORDEM PÚBLICA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *I. Se a matéria e os fatos, supostamente carentes de prova pericial, são exclusivamente de direito e não dependem de conhecimento técnico para serem dirimidos, podendo solucionar-se os pontos controvertidos por meio do conjunto probatório já existente nos autos, não se há de falar em necessidade de trabalho técnico-pericial ou cerceamento de defesa.*
>
> *II – Deve ser reconhecida a nulidade da cláusula que majora em mais de 100% o valor da mensalidade, tão somente pela passagem de 60 para 61 anos de idade, porque desarrazoada e abusiva, onerando em demasia o segurado e dependente do plano de saúde.*
>
> *III - Não obstante a vigência do princípio da autonomia da vontade sobre os negócios jurídicos, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando-se em conta a relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, à luz do que dispõem o art. 6º, incisos IV e V, bem como o art. 51, do CDC.*
>
> *IV - Ao caso impõe-se a aplicação das normas do Estatuto do Idoso, que, apesar de ter sido promulgado em data posterior à data de celebração do contrato sub judice, deve ser levado em consideração para a controvérsia sob julgamento, porque o contrato é de trato sucessivo e porque evidencia norma cogente, de ordem pública, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça. Apelação cível do usuário – (...)"* (Apelação - Nº 0828551-56.2014.8.12.0001 - Campo Grande - Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 03/03/2016)

Logo, mesmo que haja possibilidade de reajuste do valor das mensalidades do plano de saúde utilizando-se o critério etário, este não pode ser o único a ser adotado, como ocorreu na presente situação, motivo pelo qual deve ser considerado ilegal o aumento de valores que tomou como parâmetro apenas a mudança da idade.

Com o reconhecimento da abusividade da cláusula, não está se negando o direito das operadoras de plano de saúde a reajustar anualmente os contratos, pois isto é plenamente possível e vem sendo aplicado sobre o contrato da autora. A questão diz respeito apenas ao aumento da mensalidade em razão da alteração da faixa etária que, nos contratos firmados anteriormente à Lei 9656/98, era viável, desde que a cláusula fosse clara quanto aos percentuais incidentes, bem como não ferisse o equilíbrio contratual.

Frise-se, por oportuno, que o próprio precedente invocado nas razões recursais pela Unimed (REsp nº 646.677/SP) vai de encontro com sua defesa, visto que ele contempla o entendimento de ser vedado "*índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado*".

Importante destacar que a aplicação de reajuste conforme os índices da Agência Nacional de Saúde só é obrigatória para os contratos de pessoa individuais ou familiares, celebrados por pessoas físicas,

estas sim, hipossuficientes em relação à Requerida. Nos demais casos (planos coletivos ou empresariais, realizados por pessoas jurídicas), como a própria agência reguladora informa em seu endereço eletrônico, a negociação é livre, sendo apenas monitorada pela ANS.

Da página da ANS, mantida na rede mundial de computadores, se extrai[2]:

> *"Os planos coletivos são regulados pela ANS e pela Lei nº 9.656/98 tanto quanto os planos individuais. Apenas o reajuste dos planos coletivos não é definido pela Agência, uma vez que o índice é determinado a partir da negociação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora de plano de saúde. As demais regras e operações para os planos coletivos são as mesmas que as dos planos individuais, como por exemplo, a cobertura assistencial obrigatória – rol de procedimentos e eventos em saúde. (...) O reajuste anual de planos coletivos é aplicado conforme as normas contratuais definidas entre a operadora de planos de saúde e a pessoa jurídica contratante (empresa, sindicato, associação) e deve ser comunicado à ANS em no máximo até 30 dias após o aumento do preço. Não é permitida a aplicação de reajustes diferenciados dentro de um mesmo contrato."*

Portanto, os reajustes a serem aplicados, na presente situação, são aqueles acordados entre os contratantes, com base na sinistralidade, como requerido na exordial e nas contrarrazões recursais, ou seja, na forma que vem sendo negociada entre a Unimed Campo Grande e a Sicredi, mas sem que se tome como parâmetro, única e exclusivamente a mudança de faixa etária.

Dito isso, sequer o pleito subsidiário da recorrente merece acolhimento, já que pretendia o reajuste de acordo com a faixa etária anterior, o que está sendo considerado abusivo.

Logo, forçoso concluir que a cláusula contratual invocada pela operadora do plano de saúde, que autoriza o reajuste por mudança de faixa etária, contrapõe-se ao Estatuto do Idoso, cujo berço é a Constituição Federal (art. 230), de modo que a declaração de sua nulidade é imperativa.

Ex positis, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

2 http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2151-nota-de-esclarecimento-sobre-planoscoletivos#

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0808663-98.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE TRANSCRIÇÃO DE REGISTRO DE CASAMENTO REALIZADO NO EXTERIOR – AUSÊNCIA DE LEGALIZAÇÃO PELA AUTORIDADE CONSULAR BRASILEIRA – IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – RESOLUÇÃO 155/2012 DO CNJ – RECURSO DESPROVIDO.

Os brasileiros que contraem matrimônio no exterior, devem providenciar o traslado das certidões de registro civis emitidas, para que produza efeitos jurídicos plenos no território nacional.

Ao editar a Resolução 155/2012, o Conselho Nacional de Justiça retirou da esfera jurisdicional e da atribuição ministerial o procedimento de traslado de certidões de registro civil de brasileiros residentes em país estrangeiro.

A certidão de casamento lavrada no estrangeiro deve ser consularizada, traduzida por tradutor oficial, para então ser trasladada. A ausência de legalização por *"autoridade consular brasileira que tenha jurisdição sobre o local em que foram emitidas",* não pode ser suprida pelo Poder Judiciário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 14 de junho de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Alessandro de Oliveira Braga e Eliane Lodo de Souza Braga contra decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que indeferiu a exordial da ação de transcrição de registro de casamento.

Relatam que são brasileiros e residiram por aproximadamente 11 (onze) anos na cidade de Tudela, província de Navarra, na Espanha, onde contraíram o matrimônio em 14.08.2008, perante Conservatória do Registo Civil de Baixa da Banheira (Portugal), Assento de Casamento nº 117 do ano de 2008, tendo a autora adotado o sobrenome do marido.

Em síntese, alegam que:

I – o casamento é válido e o seu translado tem como *"função apenas de transcrever casamento que já existe para dotá-lo de publicidade em território nacional e atribuir-lhe efeitos erga omnes";*

II - *"fizeram o registro do casamento apenas no país estrangeiro (vide fls. 8-11 dos autos), deixando de efetuar o registro perante a repartição consular brasileira competente no exterior. Veja-se que o documento de fls. 8 encontra-se inclusive devidamente traduzido"*, esclarecendo que *"o traslado direto é uma alternativa para quem não pode comparecer ao Consulado para fazer a certidão consular de casamento antes de viajar ao Brasil. O procedimento é previsto no artigo 2º da Resolução nº 155/2012 do CNJ";*

III – *"Através do Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, o Brasil tem acordo com a Espanha (Decreto nº 166/1991)"* que prevê que os documentos legais emitidos pelas autoridades *"estarão dispensados de legalização, apostila ou formalidade análogas, quando apresentados a uma autoridade judiciária do outro Estado"*, motivo pelo qual *"o casamento realizado no exterior, sendo ato jurídico perfeito, tem existência e validade no ordenamento jurídico. Mas não possui eficácia, pois a produção de efeitos no território nacional depende da mencionada transcrição";*

IV - *"O casamento atendeu todas as exigências e formalidades da legislação portuguesa, consumando-se como ato jurídico existente e perfeito, somente carecendo da averbação no Registro Civil brasileiro para gerar efeitos e publicidade perante terceiros. Assim, o registro é necessário para dar a publicidade à consolidação do vínculo".*

Pugnam, ao final, pela determinação de Traslado do Registro de Casamento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da cidade de Dourados/MS.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Alessandro de Oliveira Braga e Eliane Lodo de Souza Braga contra decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que indeferiu a exordial da ação de transcrição de registro de casamento.

Buscam os recorrentes, por meio desta demanda, o traslado do registro de casamento junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da cidade de Dourados/MS.

Para tanto, esclarecem que são brasileiros e contraíram o matrimônio em 14.08.2008, perante Conservatória do Registo Civil de Baixa da Banheira (Portugal), uma vez que residiram por aproximadamente 11 anos na cidade de Tudela, província de Navarra, na Espanha.

Relatam ainda que a esposa adotou o sobrenome do marido e que possuem dois filhos menores, justificando a necessidade do traslado uma vez que não efetuaram o registro do casamento perante a repartição consular brasileira competente no exterior, motivo pelo qual, embora válido, não possui eficácia sem a requerida transcrição.

Como cediço, "traslado" nada mais é que a reprodução de um documento original emitido por autoridade estrangeira, para que produza efeitos jurídicos plenos no território nacional.

Assim, os brasileiros que, como no caso dos autos, contraem matrimônio em outro país, ao retornarem ao Brasil, seja a passeio ou de forma definitiva, deverão providenciar o traslado das certidões de registro civil emitidas no exterior.

Em relação as formalidades necessárias para validar no Brasil um casamento ocorrido no exterior, estabelece a Lei n. 6015/73 no artigo 32:

> *"Artigo 32. Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular:*
>
> *§ 1° Os assentos de que trata este artigo serão, porém, trasladados nos cartórios do 1° Ofício do domicílio do registrado ou no 1° Oficio do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no país, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores."*

O Decreto-Lei nº 4.652/1942, em seu artigo 18, determina que:

> *"Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado".*

Visando a adoção de um único procedimento de traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 155, de 16.07.2012, que acabou por retirar da esfera jurisdicional e da atribuição ministerial o procedimento de traslado de certidões de registro civil de brasileiros residentes em país estrangeiro.

Vejamos:

> *"Art. 1º O traslado de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos do regulamento consular, ou por autoridade estrangeira competente, a que se refere o caput do art. 32 da Lei nº 6.015/1973, será efetuado no Livro "E" do 1o Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca do domicílio do interessado ou do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito Federal, sem a necessidade de autorização judicial.*
>
> *Art. 2º Os assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros lavrados por autoridade estrangeira competente, que não tenham sido previamente registrados em repartição consular brasileira, somente poderão ser trasladados no Brasil se estiverem legalizados por autoridade consular brasileira que tenha jurisdição sobre o local em que foram emitidas.*
>
> *§ 1º Antes de serem trasladados, tais assentos também deverão ser traduzidos por tradutor público juramentado, inscrito em junta comercial brasileira.*
>
> *§ 2º A legalização efetuada por autoridade consular brasileira consiste no reconhecimento da assinatura de notário/autoridade estrangeira competente aposta em documento original/fotocópia autenticada ou na declaração de autenticidade de documento original não assinado, nos termos do regulamento consular. O reconhecimento, no Brasil, da assinatura da autoridade consular brasileira no documento será dispensado, conforme previsto no art. 2º do Decreto nº 84.451/1980.*
>
> *§ 3º Os oficiais de registro civil deverão observar a eventual existência de acordos multilaterais ou bilaterais, de que o Brasil seja parte, que prevejam a dispensa de legalização de documentos públicos originados em um Estado a serem apresentados no território do outro Estado, ou a facilitação dos trâmites para a sua legalização."*

Especificamente sobre o traslado de casamento, dispôs o artigo 13, *verbatim:*

> *"Art. 13. O traslado do assento de casamento de brasileiro ocorrido em país estrangeiro deverá ser efetuado mediante a apresentação dos seguintes documentos:*
>
> *a) certidão de assento de casamento emitida por autoridade consular brasileira ou certidão estrangeira de casamento legalizada por autoridade consular brasileira e traduzida por tradutor público juramentado;"*

Conforme exposto acima, a certidão de casamento lavrada no estrangeiro deve ser consularizada, traduzida por tradutor oficial, para então ser trasladada. A ausência de legalização por *"autoridade consular brasileira que tenha jurisdição sobre o local em que foram emitidas",* não pode ser suprida pelo Poder Judiciário.

Ex positis, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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, 14 de junho de 2016.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1400205-78.2016.8.12.0000 - Corumbá
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMERCIALIZAÇÃO DE INGRESSOS DE EVENTOS – NÃO APLICABILIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 1.352/1992 EM ÁREAS VIPS, CAMAROTES, *OPEN BAR* E LOCAIS ESPECIAIS – AFASTADA A OBRIGATORIEDADE DOS EFEITOS DAS PORTARIAS QUE NORMATIZAM VENDAS DE INGRESSOS COM DESCONTOS PROMOCIONAIS DE 50% PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM EVENTOS DE NATUREZA *OPEN BAR* OU CAMAROTES *VIPS* – LIMINAR CONFIRMADA – CONCESSÃO DA SEGURANÇA

O direito a meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em cinemas, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado aos estudantes em geral nos termos da Lei Estadual nº 1.352, de 22/12/1992 não incluem acesso a serviços adicionais e diferenciados, conforme se constata do § 3º da norma: "*O benefício de que trata esta Lei refere-se ao ingresso de menor valor ou popular, excluindo da medida os camarotes, locais especiais, áreas vips e congêneres*".

No caso dos autos a obrigatoriedade de venda dos ingressos com preço mínimo de 50% inferior a crianças e adolescentes incluiu eventos de natureza *open bar*, devendo ser afastados os efeitos das normas impugnadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por AG Produções e Eventos Ltda ME contra suposto ato coator praticado pelo Juiz(a) de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá.

Em apertada síntese, alega que:

A autoridade apontada como coatora editou duas portarias, tendo como objeto violador o conteúdo normativo inserido no art. 6º da Portaria nº 001/2016 (portaria de Carnaval) e o art. 4º da Portaria nº 02/2015, sendo a ofensa referente à comercialização dos ingressos de seus eventos, em razão que determinam a

exigência da impetrante em comercializar meia-entrada em festa *open bar* e ingressos com preços promocionais a crianças e adolescentes, obstando, dessa forma, o pleno exercício da atividade empresarial;

A impetrante exerce a atividade econômica de produção de eventos, sendo proprietária e legalmente responsável pela organização, promoção e realização de dois tradicionais blocos carnavalescos na cidade de Corumbá-MS, "Afoga o Ganso" e "Biriguis", sendo que a concentração dos foliões de ambos os blocos ocorre em ambiente fechado, com toda infraestrutura e segurança necessária, e oferecimento de serviços de *open bar*, abadás e canecas customizadas a todos os integrantes, camarotes vip, trio elétrico, diversas atrações musicais nacionais e com a tradicional descida dos foliões pela Avenida General Rondon;

O primeiro bloco citado apresentará dois dias de concentração, no sábado, dia 06/02 e terça, dia 09/02, com ingressos para pista pelo valor de R$ 150,00 e camarote no importe de R$ 250,00 e ambas as áreas disponibilizam serviço *open bar* canecas personalizadas, abadas, trio-elétrico e descida para avenida, enquanto que o Bloco Biriguis terá concentração no domingo, 08/02, com ingressos para pista no valor de R$ 110,00 e camarote R$ 180,00, com idênticos serviços, além disso o folião poderá adquirir o denominado combo afoga + biriguis, para o período de três dias de carnaval pelo valor de R$ 230,00 para pista e R$ 400,00 para o camarote;

As vendas dos ingressos iniciaram em 02/12/2015 e com os preços promocionais para o citado '*combo*', sendo já comercializados aproximadamente em 500 ingressos dos blocos até a presente data;

Tais portarias invadem a competência de legislar quanto à matéria disciplinada nos referidos artigos, pois ultrapassam os limites previstos no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que estabelece o poder normativo para disciplinar por portaria apenas a entrada e permanência da criança e do adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável nos eventos de natureza como o organizado pelo impetrante, não havendo o poder disciplinar da autoridade judiciária para determinar os preços e forma de comercialização dos ingressos do evento, estabelecendo preços mínimos de 50% para crianças e adolescentes ou meia-entrada, conforme editado nas portarias.

Restando comprovados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pede que seja concedida a medida liminar, para garantir a comercialização de ingressos dos eventos nos termos da legislação regente, suspendendo os efeitos do art. 4º da Portaria nº 02/2015 que entrará em vigor em 16.01.2016 e art. 6º, parte, da Portaria nº 001/2016, passará a dispor no dia 01.02.2016, expedidas pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS, confirmando, posteriormente, a referida liminar e determinando nulidade plena dos referidos artigos. Juntou os documentos de f. 30/65.

O pedido liminar foi concedido (f. 68/73).

Nas informações prestadas o MM. Juiz de Direito em substituição legal, Dr. Alysson Kneip Duque, ratificou que o Magistrado titular do Juízo da 1º Vara Cível editou as Portarias 02/2015 e 01/2016, objeto da impugnação desse *mandamus,* esclarecendo que a Portaria 02/2015 determina a venda com redução de 50% do preço em eventos *open bar* às crianças e adolescentes em eventos noturnos (art. 4º), ao passo que a Portaria 01/2016 determina a redução proporcional do preço de entradas às crianças e adolescentes durante o carnaval, se naquele se encontrar incluída a venda de bebidas alcoólicas (art. 6º) (f. 77).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem com a consequente declaração de nulidade do artigo 4º da Portaria nº 02/2015 e artigo 6º, primeira parte, da Portaria nº 001/2016. (f. 81/88).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por AG Produções e Eventos Ltda ME contra suposto ato coator praticado pelo Juiz(a) de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá.

Em apertada síntese, alega que:

A autoridade apontada como coatora editou duas portarias, tendo como objeto violador o conteúdo normativo inserido no art. 6º da Portaria nº 001/2016 (portaria de Carnaval) e o art. 4º da Portaria nº 02/2015, sendo a ofensa referente à comercialização dos ingressos de seus eventos, em razão que determinam a exigência da impetrante em comercializar meia-entrada em festa *open bar* e ingressos com preços promocionais a crianças e adolescentes, obstando, dessa forma, o pleno exercício da atividade empresarial;

A impetrante exerce a atividade econômica de produção de eventos, sendo proprietária e legalmente responsável pela organização, promoção e realização de dois tradicionais blocos carnavalescos na cidade de Corumbá-MS, "*Afoga o Ganso*" e "*Biriguis*", sendo que a concentração dos foliões de ambos os blocos ocorre em ambiente fechado, com toda infraestrutura e segurança necessária, e oferecimento de serviços de *open ba*r, abadás e canecas customizadas a todos os integrantes, camarotes vip, trio elétrico, diversas atrações musicais nacionais e com a tradicional descida dos foliões pela Avenida General Rondon;

O primeiro bloco citado apresentará dois dias de concentração, no sábado, dia 06/02 e terça, dia 09/02, com ingressos para pista pelo valor de R$ 150,00 e camarote no importe de R$ 250,00 e ambas as áreas disponibilizam serviço *open bar*, canecas personalizadas, abadás, trio-elétrico e descida para avenida, enquanto que o Bloco Biriguis terá concentração no domingo, 08/02, com ingressos para pista no valor de R$ 110,00 e camarote R$ 180,00, com idênticos serviços, além disso o folião poderá adquirir o denominado combo afoga+biriguis, para o período de três dias de carnaval pelo valor de R$ 230,00 para pista e R$ 400,00 para o camarote;

As vendas dos ingressos iniciaram em 02/12/2015 e com os preços promocionais para o citado '*combo*', sendo já comercializados aproximadamente em 500 ingressos dos blocos até a presente data;

Tais portarias invadem a competência de legislar quanto à matéria disciplinada nos referidos artigos, pois ultrapassam os limites previstos no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que estabelece o poder normativo para disciplinar por portaria apenas a entrada e permanência da criança e do adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável nos eventos de natureza como o organizado pelo impetrante, não havendo o poder disciplinar da autoridade judiciária para determinar os preços e forma de comercialização dos ingressos do evento, estabelecendo preços mínimos de 50% para crianças e adolescentes ou meia-entrada, conforme editado nas portarias.

Restando comprovados os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pede que seja concedida a medida liminar, para garantir a comercialização de ingressos dos eventos nos termos da legislação regente, suspendendo os efeitos do art. 4º da Portaria nº 02/2015 que entrará em vigor em 16.01.2016 e art. 6º, parte, da Portaria nº 001/2016, passará a dispor no dia 01.02.2016, expedidas pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS, confirmando, posteriormente, a referida liminar e determinando nulidade plena dos referidos artigos.

Juntou os documentos de f. 30/65.

O pedido liminar foi concedido (f. 68/73).

Nas informações prestadas o MM. Juiz de Direito em substituição legal, Dr. Alysson Kneip Duque, ratificou que o Magistrado titular do Juízo da 1º Vara Cível editou as Portarias 02/2015 e 01/2016, objeto da impugnação desse *mandamus,* esclarecendo que a Portaria 02/2015 determina a venda com redução de 50% do preço em eventos *open bar* às crianças e adolescentes em eventos noturnos (art. 4º), ao passo que a Portaria 01/2016 determina a redução proporcional do preço de entradas às crianças e adolescentes durante o Carnaval, se naquele se encontrar incluída a venda de bebidas alcoólicas (art. 6º) (f. 77).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem com a consequente declaração de nulidade do artigo 4º da Portaria nº 02/2015 e artigo 6º, primeira parte, da Portaria nº 001/2016. (f. 81/88).

Pois bem, embora já tenha ocorrido o evento do carnaval, para confirmar ou não a liminar já deferida, no mérito desse remédio constitucional é necessário averiguar se houve o suposto ato violador inserido nas Portarias editadas pelo impetrado referente à alegada ofensa no tocante à comercialização dos ingressos nos eventos carnavalesco pela exigência nas vendas dos ingressos em festa "open-bar" com preços promocionais à crianças e adolescentes, o que motivou a impetração dessa ação.

Infere-se da inicial que a impetrante visa obstar o cumprimento das Portarias editadas pelo Juízo monocrático, citando as legislações pertinentes ao caso, que assim dispõe:

> *"Art. 4º - Em eventos de natureza 'open bar', é obrigatória a venda de ingressos com preço, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) inferior a crianças e adolescentes.*
>
> *Art. 6º - Na hipótese de evento que se realize venda de bebidas alcoólicas ou que esta constitua parte do preço (com vistas ao lucro), é indispensável a existência de ingressos com preços proporcionais a crianças e adolescentes (excluídos os valores alusivos à bebida alcoólica), bem como a pertinente identificação deste mediante instrumento próprio, tal qual pulseira na cor vermelha"*

Ao lecionar a respeito da permissão legal de venda de ingressos a festas e côngeneres de eventos de cultura e lazer, a Lei Estadual nº 1.352, de 22/12/1992 prevê no artigo 1º, parágrafos 1º e 3º, *in verbis*:

> *"Art. 1º Fica assegurado aos estudantes da educação básica (etapas: ensino fundamental e médio); da modalidade da educação de jovens e adultos (etapas: ensinos fundamental e médio); da modalidade da educação técnica profissional; alfabetização, cursos preparatórios para vestibulares e concursos públicos; e de educação superior (cursos tecnológicos, sequenciais de graduação e pós-graduação), regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino público ou privado, oficialmente reconhecidos, existentes no Estado de Mato Grosso do Sul, o pagamento de meia entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em cinemas, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer deste Estado, nos termos desta Lei.*
>
> *§ 1º Para efeito do cumprimento desta Lei consideram-se casas de diversão de qualquer natureza para shows artísticos, rodeios, bailes, exposições de qualquer espécie, inclusive exposições agropecuárias.*
>
> *§ 3º O benefício de que trata esta Lei refere-se ao ingresso de menor valor ou popular,* ***excluindo da medida os camarotes, locais especiais, áreas vips e congêneres.****"* (grifo nosso).

Portanto, no caso dos autos a obrigatoriedade de venda de meia entrada dos ingressos com preço mínimo de 50% inferior a crianças e adolescentes incluiu eventos de natureza *open bar* nos termos do artigo 4º da Portaria nº 02/2016 editada pelo Magistrado da 1º Vara Cível da Comarca de Corumbá, além

de constar que a Portaria nº 01/2016 determinou a venda com redução proporcional do preço de entradas à crianças e adolescentes durante o carnaval, como já descritas nas normas objurgadas.

Como bem pontuou a Procuradoria Geral de Justiça, que passo a transcrever trecho relevante como fundamento jurídico ao tema discutido:

> *"Em assim sendo, verifica-se que a impetrante, ao produzir o evento carnavalesco ofertou e vem ofertando uma diversidade de serviços, tais como, "a apresentação musical de bandas e atrações nacionais (Valeska, Juliana Pasini, Nego do Borel), abadas e canecas customizadas para todos os foliões, serviços de open bar de refrigerantes, águas, drink´s e bebidas alcoólicas (somente para maiores de idade), os serviços são oferecidos em todas as áreas do evento e a todos os foliões, camarote-vip, trio-elétrico, e a tradicional descida com o trio elétrico para Avenida General Rondon", conforme se vê às fls. 30-45 e 56-61.*
>
> *Dessa forma, o direito a meia-entrada garante apenas a entrada de estudantes em eventos culturais que não incluem acesso a serviços adicionais e diferenciados. Os ingressos de acesso aos blocos de carnaval produzidos pela impetrante, conforme se observa das fls. 30-33, ofertam serviços adicionais tais como "open bar" que segundo informado será de refrigerantes, águas, drink's e bebidas alcoólicas (somente para maiores de idade). Assim sendo, é sabido que Corumbá é reconhecida por ter uma das maiores festas de carnaval do Estado, e o magistrado ao estabelecer obrigatoriedade de acesso com desconto de 50% (cinquenta por cento) a evento com serviços agregados, além de onerar mais o evento, e descaracterizar a natureza dos históricos blocos de carnaval em referência, invadiu a competência do Poder Legislativo, conforme exegese do artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal."*

Diante do exposto, e de acordo com o parecer, confirmo a liminar deferida para conceder a segurança reconhecendo o direito líquido e certo do impetrante, afastando os efeitos das normas impugnadas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 25 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801014-39.2011.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LOCAÇÃO DE IMÓVEL PARA REALIZAÇÃO DE CURSO DO SENAI – DISPENSA DE LICITAÇÃO INDEVIDA – NÃO COMPROVADA URGÊNCIA – CURSO PLANEJADO COM ANTECEDÊNCIA – IMÓVEL LOCADO DE FAMILIAR DE SECRETÁRIO LIGADO À ADMINISTRAÇÃO DA ÉPOCA – COMPROVADA A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO POR TODOS OS REQUERIDOS – SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO QUE JUSTIFICOU E FUNDAMENTOU A DISPENSA DE LICITAÇÃO – NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE PENA – PUNIÇÃO QUE DEVE SER DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO ATO – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROVIDO – RECURSO DOS REQUERIDOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e dar parcial provimento aos apelos de José Garcia de Freitas e Maria Antonina Cançado Soares, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual, Maria Antônia Cançado Soares, José Garcia de Freitas e Paulo Henrique Cançado Soares apelam da decisão de 1° Grau que julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação civil pública ajuizada pelo primeiro apelante em desfavor dos demais.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso argumentando que o requerido Longuinho Alves de Oliveira também deve ser condenado por ato de improbidade administrativa, o qual era Secretário Municipal de Administração à época dos fatos, pois, em que pese o pedido fosse oriundo da Secretaria Municipal de Indústria, Comércio, Agronegócio e Turismo, quem lavrou a assinatura em toda documentação foi o Secretário de Administração – Longuinho; que a Administração Pública, à época, dispensou licitação alegando que a locação do imóvel seria destinada ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cuja necessidades de instalação e localização condicionavam a escolha. Ao final, prequestiona.

Maria Antônia Cançado recorre afirmando que não praticou ato ilícito ao alugar o imóvel para prefeitura; que o processo licitatório foi devidamente realizado com rígida atenção à legislação, não havendo que se falar em fraude; que o Ministério Público Estadual não comprovou suas alegações, muito menos a de

que foi pago a título de aluguel valor muito superior ao de mercado; que as instalações do local eram boas, em bom estado de conservação, pintado, piso perfeito e iluminação normal e; por fim, que não houve fraude ou ilicitude quando da locação do imóvel pelo prazo de 55 dias.

José Garcia de Freitas e Paulo Henrique Cançado Soares apelam sob o fundamento de que o magistrado prolator da sentença não observou as provas constantes dos autos; que no local já foram ministrados outros cursos, sendo considerado o espaço adequado, o que, por si só, já demonstra que a localização e condições de instalações favoreceram à escolha do imóvel; que a escolha do imóvel foi técnica e seletiva, tendo o SENAI participado ativamente do ato, o que por si só afasta o descumprimento do princípio constitucional da impessoalidade; que o valor cobrado pela locação é compatível com o de mercado, de acordo com a prévia e não impugnada avaliação. Asseveram que não procede a conclusão do magistrado prolator da sentença de que a escolha da modalidade licitatória partir de Paulo Henrique Cançado Soares, sendo que a responsável pelo setor de licitação na época dos fatos era Renata Cristina Rios Silva Malheiros do Amaral. Por fim, entendem desproporcional a condenação de forma cumulativa de ressarcimento ao erário, multa civil e, ainda, perda da função pública e suspensão de direitos políticos pelo prazo de 05 anos.

Contrarrazões às fls. 692/718 e 719/720.

Parecer da PGJ às fls. 739/765.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual, Maria Antônia Cançado Soares, José Garcia de Freitas e Paulo Henrique Cançado Soares apelam da decisão de 1° Grau que julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação civil pública ajuizada pelo primeiro apelante em desfavor dos demais.

Primeiramente, destaco que os recursos devem ser analisados de forma conjunta, pois o Ministério Público visa a condenação também do requerido Longuinho Alves de Oliveira, enquanto que os demais recorrentes buscam afastar a condenação por improbidade administrativa imposta pelo magistrado singular.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso argumentando que o requerido Longuinho Alves de Oliveira também deve ser condenado por ato de improbidade administrativa, o qual era Secretário Municipal de Administração à época dos fatos, pois, em que pese o pedido fosse oriundo da Secretaria Municipal de Indústria, Comércio, Agronegócio e Turismo, quem lavrou a assinatura em toda documentação foi o Secretário de Administração – Longuinho; que a Administração Pública, à época, dispensou licitação alegando que a locação do imóvel seria destinada ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cuja necessidades de instalação e localização condicionavam a escolha. Ao final, prequestiona.

Os demais apelantes,por sua vez, entendem que não praticaram nenhum ato ímprobo, tendo sido a locação do imóvel realizada de acordo com a legislação competente.

A Constituição Federal em seu artigo 37, § 4° prevê que a lei sancionará os atos de improbidade administrativa, enumerando algumas sanções a serem aplicadas para esses casos. Assim reza o dispositivo constitucional:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

Para José dos Santos Carvalho Filho[1]: *"a ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa."*

Ainda, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino[2], a

"Constituição de 1988, em tema de combate à corrupção em todas as suas formas de manifestação, foi exemplar. A inclusão do princípio da moralidade administrativa em seu texto formal, reflete sem dúvidas, a preocupação do constituinte e do povo brasileiro com a probidade, a ética e a honestidade na administração pública.

(...)

Com o objetivo de dar concreção ao § 4° do art. 37, foi editada a Lei n° 8.429/92. Ela é de âmbito nacional e se aplica a todas as entidades políticas. Ela define os sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade (arts. 1° a 3°), o próprio ato de improbidade (arts. 9°, 10 e 11) e as sanções cabíveis (art. 12), além de dispor acerca da ação judicial pela prática do ato de improbidade (art. 17). A lei é mais ampla, uma vez que compreende como ato de improbidade não apenas o ato que importa enriquecimento ilícito (art. 6°), mas também o que causa prejuízo ao erário (art. 10) e que atenta contra os princípios da administração pública."

Sobre a discussão objeto dos autos, dispõe a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.429/1992):

"Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

(...)

Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:

(...)

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora LúmenJuris, 23ª Ed. 2012.

2 Júnior, Dirley da Cunha e Novelino, Marcelo, **Constituição Federal para concursos**. Pituba, BA: Editora Juspodivm, 4ª edição, revisada, ampliada e atualizada, 2013.

> *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:*
>
> *(...)*
>
> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
>
> *(...)"*

Da leitura do texto legal acima, é possível perceber que o art. 11 abre o precedente da interpretação, pois em seu *caput* define, genericamente, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, e isto exige que se observe, para a caracterização do ato ímprobo, a existência de **ação ou omissão dolosa do agente público**, e que esta ação ou omissão importe em perigo de dano ao patrimônio público, a fim de que um mero ato punível por sanção disciplinar na esfera interna da administração não venha a ser considerado como crime de improbidade. (grifo nosso)

É de império ter em mente, *ab initio*, e antes de qualquer consideração sobre o dispositivo em comento, que estão sujeitos aos termos da Lei de Improbidade Administrativa, conforme se lê do art. 2º da lei nº 8.429/92, *"todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função", na "administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual"*.

Está sujeito aos termos da lei, também, *"aquele 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"*, conforme reza o art. 3º da Lei nº 8.429/1992.

De tal sorte, todos os referidos nos arts. 2º e 3º da LIA devem respeitar os princípios da "moralidade", da "legalidade", da "impessoalidade", da "publicidade", previstos pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e conforme reza o art. 4º da Lei nº 8.429/1992.

Aqueles mesmos agentes expressamente elencados nos arts. 2º e 3º da LIA devem evitar a prática de qualquer ato atentatório à honestidade, à imparcialidade, à lealdade e ao princípio da legalidade, já que constitui "ato de improbidade administrativa", nos termos ditados pelo art. 11 da indigitada lei.

A jurisprudência já firmou entendimento a respeito: *"a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10"* (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJE 28.9.2011).

Primeiramente, entendo necessária a análise da existência, ou não, de vício de legalidade no procedimento licitatório realizado para locação de imóvel urbano pelo Município de Paranaíba, pelo prazo de 50 (cinquenta) dias, pelo valor de R$ 5.3000,00 (cinco mil e trezentos reais), para realização de cursos de qualificação de mão-de-obra pelo SENAI que ocorreria entre 12/11/2010 a 31/12/2010. Contudo, segundo narrou o Ministério Público Estadual em seu pedido inicial, o imóvel locado foi utilizado por apenas uma semana, haja vista seu precário estado de conservação, não se prestando à finalidade da locação.

Ainda, segundo narrou o autor da ação, foram apuradas irregularidades no procedimento licitatório n° 215/2010 e dispensa de licitação n° 051/2010, os quais deram origem ao contrato n° 326/2010, tendo em vista que o Prefeito Municipal, o Secretário Municipal de Administração e o Secretário Municipal da Indústria, Comércio, Agronegócio e Turismo, teriam fraudado e superfaturado o processo de licitação de locação de imóvel em benefício da contratada Antonina Cançado Soares, genitora do então Secretário Municipal Paulo Henrique Soares Cançado.

Pois bem, foi possível apurar durante a instrução processual, a locação do imóvel não se deu em caráter de urgência, conforme afirmaram os requeridos, bem como existiam outros locais no município, com melhores condições de instalação, para realização do curso, vejamos o relato da testemunha Adevaldo Vasconcelos Reginaldo, gerente do CETEC SENAI no município de Três Lagoas:

> *"O declarante é gerente do CETEC SENAI Três Lagoas "José Paulo Rímole"; que o declarante desconhece o teor da presente precatória; que desde 1999 atende projetos e solicitações de Paranaíba, pois atende toda a região, que vai de Cassilândia a Anaurilândia; (...) que o local é bem localizado, mas, quanto às suas instalações, não é adequado e favorável à realização de cursos; que o local foi feito para outra finalidade, acho que para depósito; que no local os banheiros, as instalações elétricas, a questão de logística como um todo, não são adequadas para ministrar cursos; que o prédio é bom, bem estruturado, bem construído, mas feito para outra atividade, como dito, quem sabe um depósito; que os melhores lugares em Paranaíba para o curso foram a Escola Estadual, cujo nome não sabe declinar, e o local onde por uns três anos funcional a extinta agência do SENAI; que os outros locais eram sempre improvisados, inclusive este da fotocópia; que o local, assim, não apresentava as características indispensáveis para a sua locação para a realização das atividades ofertadas; que ajustes sempre eram feitos; que o prédio é bom, bem feito, mas não é adequado para a realização dos cursos do SENAI; que nunca em Paranaíba as próprias empresas mantiveram contato com o SENAI; que, portanto, a Prefeitura de Paranaíba sempre soube dos projetos em andamento, sendo que nunca decorreu período de tempo inferior a 60 (sessenta) dias, do inicio das negociações com a Prefeitura até a conclusão de que o curso será ministrado; (...) que no entanto, bem antes, no mínimo 60 dias antes, a Prefeitura já tinha conhecimento do curso, tanto é que, no caso de Paranaíba, foi sempre por ela mesma pedido; (...)"* (f. 135/137)

Ainda, como bem destacou o magistrado singular, é possível notar no vídeo do depoimento em juízo da testemunha supra, que além de confirmar o que já havia dito perante o Ministério Público nos autos do procedimento preparatório, acrescentou que a Prefeitura cedia um prédio na cidade para o SENAI realizar os cursos; que o prédio deveria ter banheiros e energia elétrica para instalação de máquinas; que o imóvel em discussão nos autos foi utilizado por uns 10 dias apenas (sendo locado para 50 dias), apenas para realização das inscrições do curso, o qual foi efetivamente ministrado nas instalações da indústria Câmbio Jeans.

Assim, da narrativa dos fatos acima, bem como das provas produzidas nos autos, tenho como incontestável a necessidade de responsabilização de todos os requeridos, inclusive o então Secretário de Administração Longuinho Alves de Oliveira, uma vez que foi o responsável pelo contrato objeto da demanda, dispensando a realização licitação sob o argumento a urgência da locação do imóvel, o qual seria destinado ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cuja necessidades de instalação e localização condicionavam a escolha (realização de curso pelo SENAI).

Por fim, no que diz respeito as penas a serem aplicadas aos requeridos, tenho que a decisão singular merece ser parcialmente reformada, uma vez que a aplicação das sanções da LIA deve ser fundamentada, *"levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da ação civil pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.)"*. (REsp 765.212/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, DJE 23.6.2010).

Ao estudar o *decisum* atacado, tenho que os fundamentos que ali constam foram insuficientes para demonstrar tamanha gravidade da culpa dos requeridos a ponto de sujeitar-lhes à pena de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos e pagamento de multa civil no valor fixado pelo julgador *a quo*.

Aliás, neste mesmo sentido, foi o entendimento do douto Procurador de Justiça, destaco:

> *"Considerando o ato praticado – locação de imóvel para a realização de atividade ligada à administração, conforme também foi reconhecido na sentença – e também o fato de o dinheiro do aluguel, R$ 5.300,00, ter sido depositado em juízo, conforme comprovante de depósito de p. 435/436, tem-se que as penalidades aplicadas foram desproporcionais, pois o juízo singular esgotou todas as sanções previstas no artigo 12, da Lei 8429/92, sendo certo que poderia tê-las aplicado isoladamente.*
>
> *(...)*
>
> *Destarte, é possível o redimensionamento das sanções aplicadas, reduzindo ou excluindo algumas ou uma delas, dando-se provimento parcial ao recurso neste ponto."* (f. 760 e 763)

Assim, entendendo como justa a condenação solidária de todos os requeridos ao ressarcimento do valor do aluguel de R$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos reais), devidamente corrigido na forma da sentença e, imposição de multa civil no mesmo valor à cada um dos apelados, ficando afastadas as demais condenações impostas na sentença, bem como vetando a extensão dos efeitos da sentença com relação a perda de direitos politicos por 05 anos, adotando como meus os fundamentos constantes no parecer de fls. 739/765, dos quais comungo.

Conclusão:

Diante do exposto, concordando com o parecer da PGJ, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e dou-lhe provimento e; conhecendo do apelo de Maria Antônia Cançado Soares, José Garcia de Freitas e Paulo Henrique Cançado Soares, dou-lhes parcial provimento nos seguintes termos:

- ao recurso do Ministério Público Estadual para reconhecer que Longuinho Alves de Oliveira também deve ser responsabilizado pelo ato de improbidade administrativa objeto dos autos e;

- aos recursos de Maria Antônia Cançado Soares, José Garcia de Freitas e Paulo Henrique Cançado Soares, apenas para alterar as sanções à eles aplicadas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e deram parcial provimento aos apelos de José Garcia de Freitas e Maria Antonina Cançado Soares, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801004-36.2014.8.12.0035 - Iguatemi
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO LIMINAR C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – RECURSO JULGADO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973 – DESCONTO INDEVIDO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – INDÍGENA – DEVER DE INDENIZAR – VALOR DO *QUANTUM* – MAJORADO – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS DESCONTADAS – FORMA SIMPLES – ART. 42, CDC – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Joana Candio interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única de Iguatemi que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito com pedido liminar c/c repetição de indébito e danos morais proposta contra o Banco Bradesco, julgou procedentes os pedidos iniciais e declarou inexistente a relação negocial com o demandado, referente ao contrato n. 600245322; condenou o requerido ao reembolso das parcelas descontadas indevidamente da conta/benefício do autor, de forma simples, corrigidas monetariamente pelo IGPM, com juros de mora de 1% ao mês, incidentes a partir dos efetivos descontos; condenou, ainda, ao pagamento de R$ 1.500,00, a título de danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362, do STJ, com juros de 1% ao mês, a partir do evento danoso, conforme determina a Súmula 362, do STJ. Por fim, condenou o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso busca a reforma da sentença, para que a devolução das parcelas descontadas indevidamente seja efetuada em dobro e não da forma simples, em preservação ao artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor e que o valor da indenização por danos morais seja majorada de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), ressaltando os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Contrarrazões às fls. 177-184/TJMS, sem preliminares.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Joana Candio contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única de Iguatemi que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito com pedido liminar c/c repetição de indébito e danos morais proposta contra o Banco Bradesco, julgou procedentes os pedidos iniciais e declarou inexistente a relação negocial com o demandado, referente ao contrato n. 600245322; condenou o requerido ao reembolso das parcelas descontadas indevidamente da conta/benefício do autor, de forma simples, corrigidas monetariamente pelo IGPM, com juros de mora de 1% ao mês, incidentes a partir dos efetivos descontos; condenou, ainda, ao pagamento de R$ 1.500,00, a título de danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362, do STJ, com juros de 1% ao mês, a partir do evento danoso, conforme determina a Súmula 362, do STJ. Por fim, condenou o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Considerações sobre a aplicação da lei processual ressalto, inicialmente, que o presente recurso deve ser julgado nos moldes do CPC/1973. A respeito, transcrevo esclarecedora lição:

> *"Na doutrina há entendimento de que o recurso deve ser regrado pela lei vigorante no dia da publicação da decisão* (Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Media. Breves comentários à nova sistemática processual civil, 2. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 291-292).
>
> *(...)*
>
> *Abram-se parênteses para explicar que publicação da decisão não se confunde com publicação no Diário de Justiça, pois o que se dá nesse último caso é a intimação. Publicação ocorre quando a decisão se torna pública. Na primeira instância, a decisão torna-se pública quando o juiz a entrega ao escrivão ou a profere em audiência na presença das partes. Nos tribunais, a decisão torna-se pública no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia o resultado do julgamento"* (CRAMER, Ronaldo. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.362) – destacado.

Não obstante a existência de entendimentos em outros sentidos, esta Câmara Cível firmou o posicionamento no sentido de observar a lei em vigor na data da publicação em cartório para o processamento e julgamento dos recursos.

Assim, considerando que a decisão recorrida foi proferida e publicada em cartório em 17.12.2015, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.105/2015 (com vigência a partir de 18.03.2016), o presente recurso deve ser julgado em conformidade com as regras processuais previstas no CPC/1973.

Passo à análise do recurso.

Colhe-se dos autos que a ora apelante é aposentada e ao buscar informações sobre seu benefício, foi informada de que havia um empréstimo firmado em seu nome, com pagamento consignado junto ao Banco Bradesco S/A. Superados os trâmites processuais, obteve êxito parcial em seus pedidos, com a devolução dos valores descontados, na forma simples e procedência do pedido de indenização por danos morais no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Busca a apelante, reforma da sentença, para que a devolução das parcelas descontadas indevidamente seja efetuada em dobro e não da forma simples, em preservação ao artigo 42, do Código de Defesa do

Consumidor e que o valor da indenização por danos morais seja majorada de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), ressaltando os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Primeiramente no que diz respeito a prática de ato ilícito pela instituição financeira, bem como a existência de dano moral, pelos documentos acostados aos autos, tenho que a sentença não merece reparos neste particular.

Acerca da capacidade das pessoas analfabetas dúvidas não há de que são plenamente capazes para os atos da vida civil, contudo, para a prática de determinados atos é necessário observar certas formalidades para que sejam considerados válidos.

No caso dos autos, é possível verificar através dos documentos juntados à inicial que a ora apelante realmente é indígena e pessoa analfabeta e, ainda que a instituição financeira tenha trazido cópia do suposto contrato celebrado, não houve comprovação de que a autora/apelante, tenha se beneficiado da quantia.

Desta forma, resta inconteste que a indenização é devida, devendo apenas averiguar o *quantum* fixado.

Pois bem.

É pacífico o entendimento no sentido de que o desconto em folha de contrato oriundo de fraude, é indevido, e gera abalo psicológico, eis que inequivocamente suportou constrangimentos e aborrecimentos, principalmente porque a cobrança indevida ocorreu diretamente sobre seus vencimentos, suprimindo verba de caráter alimentar, configurando dano moral puro, o qual prescinde da prova do dano.

Neste sentido, a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DÉBITO SEM AUTORIZAÇÃO DA CORRENTISTA - RESSARCIMENTO DO VALOR - DANOS MORAIS MANTIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO.O débito em conta-corrente para pagamento de obrigação de terceiro sem autorização da titular configura falha na prestação dos serviços bancários e enseja indenização por danos morais e materiais."* (Apelação Cível 2012.001521-1, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, publicação em 23.02.2012).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL C.C. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PACTA SUNT SERVANDA – DESCONTO INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANOS MORAIS DEVIDOS E MANTIDOS – REPETIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES, DEVIDAMENTE CORRIGIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nas relações contratuais sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio pacta sunt servanda não se encontra mais revestido de caráter absoluto. O débito indevido em conta corrente e sem autorização do correntista configura falha na prestação dos serviços e enseja indenização por danos morais, sendo adequada a indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo magistrado de piso. É devida a restituição de valores eventualmente pagos a maior em obediência ao princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor, contudo, tal devolução deverá ocorrer na forma simples, devidamente corrigida." (*Apelação Nº 0802085-42.2012.8.12.0018, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Julgado em 19/12/2013)

Quanto ao arbitramento da indenização, 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. De fato, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos 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.

Assim, em se tratando de ação de indenização por danos morais, onde inexistem critérios objetivos para a fixação do montante devido a título de verba indenizatória, o julgador deve arbitrá-lo de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado.

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo que o valor fixado na sentença, qual seja, R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) deve ser majorado para o importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), apresentando-se este como justo e adequado às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação.

Lembrando que na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Por fim, quanto ao pedido de restituição dos descontos indevidos em dobro, tenho que não assiste razão à apelante.

No caso em tela, resta indene de dúvidas a necessidade de declaração de inexistência do débito, eis que claramente demonstrada a fraude na contratação dos empréstimos que originaram os descontos na folha de pagamento da autora/consumidora. Por consequência, a devolução dos valores efetivamente cobrados mostra-se de rigor, contudo, na forma simples.

Isso porque a aplicação da penalidade contida no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a má-fé daquele que efetua a cobrança, o que entendo não ser o caso em exame. Não obstante os Bancos tenham procedido com negligência ao cobrar valores indevidos da recorrente, não restou comprovado que agiu com dolo, ou seja, não houve a vontade direta de prejudicar a apelante.

A jurisprudência tanto desta Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça não destoa do entendimento ora adotado, senão vejamos:

> *"DEVOLUÇÃO EM DOBRO – MÁ-FÉ – ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL – ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O pagamento em dobro de quantia cobrada indevidamente, de que tratam o art. 940 do Código Civil e o art. 42 do CDC, pressupõe a má-fé do credor. Inexistente esta, indevido é o pagamento."* (Terceira Turma. Apelação Cível de n. 2007.003022-4. Desembargador Relator Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento em 11-4-2007).

> *"REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. SÚMULA 596/STF. O pagamento indevido deve ser restituído para obviar o enriquecimento sem causa. A repetição será na forma simples quando não existir má-fé do credor ou o encargo tenha sido objeto de controvérsia judicial."* (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag 947.169. RJ. Ministro Relator Humberto Gomes de Barros. Julgado em 3-12-2007. DJ 12-12-2007, p. 424).

Logo, o recurso do banco deve ser desprovido neste ponto, pois indevida a devolução em dobro, de acordo com a norma prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC.

Conclusão:

Diante do exposto, sem mais delongas, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para majorar o valor da indenização por danos morais de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), no mais, mantenho a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801728-60.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA – PRECLUSÃO TEMPORAL – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – MÉRITO – DOAÇÃO DE TERRENO – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA POR LEI – DEVER DE INDENIZAR O MUNICÍPIO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Não sendo interposto recurso de agravo de instrumento ou retido contra a decisão interlocutória que rejeitou a decadência, resta operada a preclusão temporal que impede a análise da pretensão formulada apenas no recurso de apelação.

Estando demonstrado que o beneficiário de doação de terreno feita pelo Município descumpriu obrigação legal que lhe era imposta, evidencia-se a condição resolutiva que impõe a revogação da doação ou a imposição do dever de indenizar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de maio de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Vagner da Silva Sena interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina nos autos da ação de cobrança de indenização por desvio de finalidade da doação ou revogação de doação de imóvel proposta pelo Município de Nova Andradina.

Nas razões recursais (f. 146-154), o recorrente alegou, preliminarmente, a decadência do direito, considerando o que dispõe o artigo 559, do Código Civil.

Relatou que o prazo estabelecido no Decreto n.º 20.910/1932 é prescricional e aplicável apenas em relação às ações propostas contra a Fazenda Pública.

Quanto ao mérito, asseverou que jamais abandonou o imóvel recebido em doação, mas que possui domicílio plural, o que é admitido pelos artigos 70 e 71, do Código Civil.

Justificou que teve que deixar temporariamente o imóvel por fato alheio a sua vontade, ou seja, para auxiliar no tratamento da enfermidade de sua genitora, deixando a residência aos cuidados de seu irmão.

Ao final, pediu o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reconhecer a decadência ou julgando improcedente a pretensão inicial.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 161-165) defendendo o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Vagner da Silva Sena contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina nos autos da ação de cobrança de indenização por desvio de finalidade da doação ou revogação de doação de imóvel proposta pelo Município de Nova Andradina.

Considerações sobre a aplicação da lei processual

Ressalto, inicialmente, que o presente recurso deve ser julgado nos moldes do CPC/1973. A respeito, transcrevo esclarecedora lição:

> ***"Na doutrina há entendimento de que o recurso deve ser regrado pela lei vigorante no dia da publicação da decisão*** (Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Media. Breves comentários à nova sistemática processual civil, 2. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 291-292).
>
> ***(...)***
>
> ***Abram-se parênteses para explicar que publicação da decisão não se confunde com publicação no Diário de Justiça, pois o que se dá nesse último caso é a intimação. Publicação ocorre quando a decisão se torna pública. Na primeira instância, a decisão torna-se pública quando o juiz a entrega ao escrivão ou a profere em audiência na presença das partes. Nos tribunais, a decisão torna-se pública no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia o resultado do julgamento"*** (CRAMER, Ronaldo. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.362) – destacado.

Não obstante a existência de entendimentos em outros sentidos, esta Câmara Cível entende que deve ser observada a lei em vigor na data da publicação da decisão em cartório para o processamento e julgamento dos recursos.

Assim, considerando que a decisão recorrida foi proferida e publicada em cartório em 16.12.2015, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.105/2015 (com vigência a partir de 18.03.2016), o presente recurso de apelação deve ser julgado em conformidade com as regras processuais previstas no CPC/1973.

Breve exposição dos fatos que deram ensejo à demanda

O Município de Nova Andradina propôs a presente demanda contra Vagner da Silva Sena, ora apelante, e Gracielli Nucci de Lima, sustentando que por meio da Lei Municipal n.º 906, de 31.08.2010 e do Decreto n.º 1.484, de 02.06.2014, o requerido Vagner da Silva Sena foi agraciado com a doação do lote n.º 13, da quadra n.º 16, com área total de 240 m², localizado na Avenida 2, no Conjunto Habitacional dos Funcionários Públicos no município de Nova Andradina, registrado na matrícula n.º 22986.

Relatou, contudo, que o beneficiário descumpriu a obrigação imposta no artigo 6º, da Lei n.º 906/2010, razão pela qual deve ser condenado à indenização do terreno doado, sob pena de revogação da doação e retorno do imóvel ao domínio do Município.

Após contestação e instrução processual, inclusive com a oitiva de testemunhas, foi prolatada a seguinte sentença (f. 137-142):

> *"(...)*
>
> *Isso posto, julgo extinto este processo sem resolução do mérito, relativamente à parte requerida Gracielli Nucci de Lima, com esteio no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e, com espeque no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial para condenar a parte requerida Vagner da Silva Sena ao pagamento de R$ 14.581,20 (catorze mil, quinhentos e oitenta e um reais e vinte centavos), consoante f. 64-65, com correção monetária pelo IGPM-FGV e com juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e a contar da data da citação.*
>
> *(...)."*

Inconformado, o requerido recorreu sustentando: (i) a preliminar de decadência do direito de revogação da doação, nos termos do que dispõe o artigo 559, do Código Civil; (ii) quanto ao mérito, que jamais abandonou o imóvel recebido em doação, mas que possui domicílio plural, o que é permitido pelos artigos 70 e 71, do Código Civil; (iii) que teve que deixar temporariamente o imóvel por fato alheio a sua vontade, ou seja, para auxiliar no tratamento da enfermidade de sua genitora, deixando a residência aos cuidados de seu irmão.

Da decadência

Com relação à prejudicial de mérito da decadência, infere-se que referida parcela do recurso não merece sequer ser conhecida, uma vez que operada a preclusão temporal para sua discussão.

Infere-se que a matéria relacionada à decadência foi apreciada na decisão interlocutória de f. 100-102, proferida em 26.10.2015, na qual a magistrada *a quo* resolveu que "*rejeito a preliminar de decadência, pois, na espécie, não é aplicável o prazo de 1 (um) ano, conforme quer fazer crer a parte requerida*".

Desta decisão, o requerido/apelante foi intimado em 26.10.2015 (f. 103), todavia, não houve recurso contra esta decisão, limitando-se o Defensor Público que assiste o requerido a dar ciência do teor da decisão (f. 110).

Sendo assim, a retomada da discussão apenas em sede de recurso de apelação mostra-se descabida, uma vez que incumbia ao demandado manejar, no prazo legal, o recurso de agravo de instrumento.

A propósito, vejamos julgado nesse sentido:

> ***"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE DECADÊNCIA – PRECLUSÃO TEMPORAL – PRESENÇA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DAS ALEGAÇÕES – AFASTADAS – MÉRITO – PROGRESSÃO FUNCIONAL – INTERSTÍCIO DE CINCO ANOS – LEI Nº 2.065/99 – PROMOÇÃO – TEMPO DE EFETIVO EXERCÍCIO REMANESCENTE E NÃO UTILIZADO PARA FINS DE ENQUADRAMENTO – UTILIZAÇÃO PARA CONTAGEM DE TEMPO DE INTERSTÍCIO NA CARREIRA – PROCEDÊNCIA – RESTITUIÇÃO DE VALORES – ANTERIORES A DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO – VIA INADEQUADA – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE***

> ***Se a decadência já foi analisada e afastada, em sede de liminar, a qual deixou de ser combatida através do agravo regimental, não há como ser novamente julgada sob pena de ofensa à coisa julgada formal.***
>
> ***(...)***
>
> ***Segurança concedida em parte"*** (TJMS; Mandado de Segurança n.º 0018794-50.2009.8.12.0000; Órgão Julgador: 4ª Seção Cível; Relator: Desembargador Vladimir Abreu da Silva; julgado em 01.07.2010) – destacado.

Desta forma, não tendo sido interposto recurso contra a decisão objeto da irresignação do apelante, resta claramente demonstrada a ocorrência da preclusão temporal que impede o conhecimento desta parte do recurso.

Do mérito

Quanto ao mérito, o cerne da questão posta em debate limita-se em saber se o requerido descumpriu obrigação legal assumida quando foi beneficiado com a doação de terreno, justificando a imposição do dever de indenizar o Município de Nova Andradina.

Conforme infere-se dos autos, em 24.09.2011, o Município de Nova Andradina outorgou o título provisório de concessão de direito real de uso ao requerido Vagner (f. 22-23). Ao assinar o título, o beneficiário comprometeu-se a cumprir os ditames da Lei n.º 906, de 31.08.2010, conforme cláusula 5 (f. 23).

E dentre as obrigações impostas por referida lei está a de não dar destinação diferente de habitação familiar do próprio beneficiário, *verbis* (f. 34-35):

> *"Art. 6º. Aos imóveis doados não poderá ser dada destinação diferente de habitação familiar dos beneficiários, por um período de 05 (cinco) anos, contados do habite-se".*

Contrariando o comando legal, o apelante, após edificar uma casa no terreno recebido em doação, sequer chegou a ali residir, cedendo o imóvel para a moradia de seu irmão (Roberto da Silva Sena) e sua cunhada (Gracielli Nucci de Lima).

Esta informação restou suficientemente comprovada pelas informações trazidas pelas testemunhas ouvidas em audiência de instrução.

A testemunha Fabiana de Almeida Silva, técnica na Agência de Habitação Municipal disse que compareceu à residência do Sr. Vagner algumas vezes e que na segunda tentativa foi recebida pela Sra. Gracielli, a qual lhe informou que residia naquele local, que era alugado do proprietário (Sr. Vagner). Também informou que era cunhada do requerido, ora apelante.

Já a testemunha Déborah Bethânia Girão Pinto, assistente social da Prefeitura de Nova Andradina, relatou ter realizado visitas à residência do Sr. Vagner e que lá encontrou a Sra. Gracielli, a qual lhe informou ser cunhada do proprietário do imóvel e que residia naquela casa porque a alugava.

Por sua vez, a testemunha Aline Gomes de Lima relatou que a Sra. Gracielli reside no imóvel juntamente com seu marido e filho há cerca de 02 anos. Também informou que não há contrato de locação, sendo que o Sr. Vagner cedeu a casa para a Sra. Gracielli. Noticiou, ainda, que o Sr. Vagner não morava naquele imóvel porque sua genitora é idosa e doente, razão pela qual ele possuía receio de residir em local afastado da cidade.

Finalmente, Wagner Fernandes Barros informou que a casa foi construída pelo Sr. Vagner, mas que ele sequer chegou a residir no local porque foi morar com sua mãe, cedendo o imóvel ao seu irmão e cunhada.

Sendo assim, comprovado está o descumprimento da condição imposta por lei, considerando que o apelante, em prazo inferior a 05 anos contados do habite-se (30.03.2013 – f. 29), já não residia no imóvel.

Ressalte-se que a alegação de domicílio plural (artigos 70 e 71, do CC) não é suficiente para afastar o descumprimento da obrigação assumida pelo apelante, mormente porque houve a cessão do imóvel para que fosse utilizado como residência por terceiras pessoas (que não o próprio beneficiário).

Tampouco se pode afirmar que a sentença viola o artigo 6º[1] e o artigo 23, inciso IX[2], da CF, uma vez que a revogação da doação ou a imposição do dever de indenizar o Município decorrem única e exclusivamente do descumprimento da obrigação pelo próprio requerido/apelante. Na verdade, houve uma atuação estatal no sentido de resolver o problema de moradia do apelante, mas este não cumpriu com os deveres que lhe foram impostos.

Sendo assim, mostra-se acertada a sentença que reconheceu que *"implementada a causa da condição resolutiva em questão, a consequência jurídica imediata é a resolução da avença com o restabelecimento das partes ao 'status quo ante', seja com a revogação da doação ou indenização"* (f. 140), não merecendo qualquer reforma.

Conclusão

Ante o exposto, conheço em parte do recurso de apelação interposto por Vagner da Silva Sena e, na extensão conhecida, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 24 de maio de 2016.

***

1 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

2 "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)
IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)."

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0020055-30.1998.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – HONORÁRIOS POSTULADOS PELO ADVOGADO SUBSTABELECIDO – CONDIÇÃO DE AÇÃO ARGUIDA EM OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VIA PERTINENTE – ANÁLISE AFERIDA *IN STATUS ASSERTIONIS* – LEGITIMIDADE ATIVA – DIREITO ORIUNDO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FIRMADO PELO BANCO DIRETAMENTE COM O ADVOGADO – SUBSTABELECIMENTO DOS PODERES OUTORGADOS POR ADVOGADOS INTEGRANTES DO QUADRO JURÍDICO DO BANCO COMO EMPREGADOS – CLÁUSULA CONTRATUAL RELATIVA AOS HONORÁRIOS ATRIBUINDO AO SUBSTABELECIDO O DIREITO AOS REFERIDOS HONORÁRIOS – EXTINÇÃO DO INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA SEM OPORTUNIZAR A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

A objeção de pré-executividade admite arguição das matérias relativas às condições da ação, pois são elas aferidas, no caso, *in status assertionis*.

Detém legitimidade para ingressar com o incidente de cumprimento da sentença na parte relativa aos honorários o advogado substabelecido, desde que sua relação com a parte a qual representa esteja alicerçada em contrato de prestação de serviços e nele conste a destinação dos honorários ao advogado contratado.

Este procedimento não hostiliza o art. 26 do EOAB, porque tem ele o propósito de impedir locupletamento ilícito do advogado substabelecido, o escorreito cumprimento do ato celebrado entre os causídicos. Como, no caso, o apelante foi contratado pelo banco para representá-lo, pactuando os honorários exclusivamente ao causídico, afasta-se a possibilidade de ausência de legitimidade ativa para propor o recebimento da verba honorária.

Quando houver necessidade de formação de litisconsórcio ativo necessário, o que não é o caso em análise, cabe ao juiz oportunizar à parte a sua formação - e não extinguir de plano o incidente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Mauro Alonso Rodrigues apela da sentença que, acolhendo objeção de pré-executividade arguida por Valter Toloto e Valter Toloto Júnior, declarou sua ilegitimidade ativa para perseguir honorários de sucumbência, indeferiu pedido de inclusão dos advogados substabelecentes e extinguiu o respectivo cumprimento da sentença.

Alega não ser aplicável ao caso o disposto no art. 26 da Lei n. 8.906/94 em razão de sua vinculação com a entidade bancária oriunda de contrato de prestação de serviços advocatícios para atuar a seu favor com exclusividade, como protagonista único no patrocínio da medida judicial - e não como cooperador e/ou colaborador do corpo jurídico por ela mantido.

Destaca ter sido convencionado no instrumento de prestação de serviços sua remuneração em percentuais escalonados segundo a fase do processo mais as de sucumbência, inclusive com direito de cobrar/negociar (f. 614), não podendo ser alterada esta realidade pelo simples fato dos causídicos funcionários do banco ter-lhe substabelecido (f. 232) os poderes inerentes a cláusula *ad judicia* dos quais são detentores conforme procuração acostada às f. 229.

Diz que tanto o banco como os advogados empregados que compõem seu corpo jurídico *"reconhecem, expressamente, o direito singular do apelante de negociar e cobrar os honorários sucumbenciais*, enquanto a sentenciante, *num processo de pura divagação, e na contra mão (sic) do que restou pactuado, reserva aos componentes do departamento jurídico do banco esse direito"* (f. 617).

Menciona que se não reconhecido os termos do contrato, ainda assim a sentença merece ser modificada porque o STJ externou posicionamento de que quando a demanda comporta o advogado substabelecente como litisconsórcio necessário dever-se-á cita-lo, até mesmo de ofício, nos termos do art. 47 do CPC.

A par dos sucessivos equívocos ainda persiste o uso da via inadequada pelos apelados, em razão de matéria externável em sede de objeção estar atrelada àquelas que deve o juiz declarar de ofício, sem necessidade de dilação probatória, o que não é o caso em questão.

Requer o provimento do recurso e, se assim não for, que seja aplicado o disposto no § 3º do art. 267 do CPC, ou seja, sucumbência aos apelados.

Contrarrazões às f. 628-634.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Mauro Alonso Rodrigues apela da sentença que, acolhendo objeção de pré-executividade arguida por Valter Toloto e Valter Toloto Júnior, declarou sua ilegitimidade ativa para postular honorários de sucumbência, indeferiu pedido de inclusão dos advogados substabelecentes e extinguiu o respectivo incidente de cumprimento da sentença.

Alega não ser aplicável ao caso o disposto no art. 26 da Lei n. 8.906/94 em razão de sua vinculação com a instituição financeira oriunda de contrato de prestação de serviços advocatícios para atuar a seu favor com exclusividade, como protagonista único no patrocínio da medida judicial - e não como cooperador e/ou colaborador do corpo jurídico por ela mantido.

Destaca ter sido convencionado no instrumento de prestação de serviços sua remuneração em percentuais escalonados segundo a fase do processo, mais as de sucumbência, inclusive com direito de cobrar/negociar (f. 614), não podendo ser alterada esta realidade pelo simples fato dos causídicos funcionários do banco ter-lhe substabelecido (f. 232) os poderes inerentes à cláusula *ad judicia* dos quais são detentores conforme procuração acostada às f. 229.

Diz que tanto o banco como os advogados empregados que compõem seu corpo jurídico "*reconhecem, expressamente, o direito singular do apelante de negociar e cobrar os honorários sucumbenciais*, enquanto a sentenciante, *num processo de pura divagação, e na contra mão* (*sic*) *do que restou pactuado, reserva aos componentes do departamento jurídico do banco esse direito"* (f. 617).

Menciona que se não reconhecido os termos do contrato, ainda assim a sentença merece ser modificada porque o STJ externou posicionamento de que quando a demanda comporta o advogado substabelecente como litisconsórcio necessário dever-se-á cita-lo, até de ofício, nos termos do art. 47 do CPC/1973.

A par dos sucessivos equívocos ainda persiste o uso da via inadequada pelos apelados, em razão de matéria externável em sede de objeção estar atrelada àquelas que deve o juiz declarar de ofício, sem necessidade de dilação probatória, o que não é o caso em questão.

Requer o provimento do recurso; se assim não for, que seja aplicado o disposto no § 3º do art. 267 do CPC/1973, ou seja, sucumbência aos apelados.

Como dito, o apelo combate a sentença que extinguiu, por esbarrar no art. 26 da Lei n. 8.906/94 e inciso IV do art. 267 do CPC/1973, o incidente de cumprimento da sentença ajuizado pelo causídico suposto credor e ora apelante, Mauro Alonso Rodrigues, visando a satisfação dos honorários de sucumbência devidos por Valter Tolodo e Valer Tolodo Júnior.

O causídico opõe-se à sentença porque, caso seja necessário o litisconsórcio, deve-se determinar que a parte autora adote as providências necessárias à citação daquele; não ser matéria passível de objeção de pré-executividade por demandar dilação probatória; e a inaplicabilidade do art. 26 do EOAB ao caso em questão, dada a contratação formal com a instituição financeira para o exercício da advocacia a seu favor.

Muito embora o recurso não traga as matérias segundo a ordem de prejudicialidade passo a enfrentá-las com este comando.

Utilização da objeção de pré-executividade

A objeção de pré-executividade nada mais é do que um pedido feito no curso do processo, para que o juiz declare a nulidade absoluta de ato processual, só podendo fazê-lo se a matéria não demandar dilação probatória.

Esse instituto foi introduzido no nosso direito após formação de pensamento de diversos doutrinadores, para viabilizar oposição à execução sem prévia garantia do juízo, o que ocorria até o advento da Lei n. 11.382/2006.

Após a Lei n. 11.382/2006, alguns estudiosos do direito passaram a opor-se ao instituto, dada a possibilidade da oposição dos embargos à execução sem a prévia segurança do juízo.

Discorrendo sobre a matéria, esclarece Eduardo Arruda Alvim que:

> *"A doutrina desenvolveu uma teoria de forma de defesa do executado que podia ser apresentada sem necessidade de prévia garantia do juízo. A essa forma de defesa, os autores têm chamado genericamente "exceção de pré-executividade". Outros autores falam em "objeção de pré-executividade".*

> *Indaga-se, neste passo, se haveria espaço, após o advento da Lei 11.382/06, em se falar de objeção/exceção de pré-executividade no caso de execução fundada em título extrajudicial. Isto porque, segundo a nova redação do art. 736, o oferecimento dos embargos prescinde de prévia garantia do juízo. Uma leitura mais açodada e assistemática das modificações poderia conduzir à resposta negativa.*
>
> *Temos para nós, todavia, que o exame do § 1.º do 739-A autoriza a resposta positiva, pois referido dispositivo legal possibilita a concessão de efeito suspensivo aos embargos após prévia garantia do juízo e desde que estejam presentes a relevância dos fundamentos e o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação."*[1]

A par da discussão do instituto há ainda se o termo é de *'exceção'* ou *'objeção'* de pré-executividade. A diferença de tais termos reside no propósito do instrumento, já que acadêmica e tecnicamente falando a exceção seria um incidente processual onde se discute matérias que dependem necessariamente de provocação da parte, ao passo que na objeção traz matérias que o juiz pode e deve conhecer de ofício.

Logo, pertinente a denominação de objeção de pré-executividade.

Feita essa digressão, o que se discute nos autos é a possível legitimidade ativa do advogado titular do direito postulatório para receber honorários no feito.

Debatendo sobre condições de ação, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[2] tecem o seguinte comentário ao inciso VI do art. 267 do CPC/1973:

> *"As condições da ação devem ser aferidas in status assertionis, isto é à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa, quando o autor carecer de interesse processual ou quando o pedido for juridicamente impossível, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, e parágrafo único, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convencendo-se da ilegitimidade da parte, da ausência de interesse do autor ou da impossibilidade jurídica do pedido, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC)."*

Observa-se, portanto, serem as condições para o exercício do direito de ação aferíveis no incidente de objeção de pré-executividade, mormente por se tratar de matéria de ordem pública. E foi o que se deu na espécie; não necessitou a julgadora de embrenhar-se nas provas produzidas nos autos para aferir a (i) legitimidade passiva arguida, mas à luz das afirmações da parte, dentro, portanto, do preceito da via utilizada.

Neste ponto sem razão o apelante.

Da aplicação do art. 26 do EOAB

O apelante ingressou com o incidente de cumprimento da sentença, pugnando o recebimento de honorários, mercê de sentença com trânsito em julgado, nos autos de embargos à execução interpostos pelos ora apelados contra Banco Sudameris Brasil S/A.

Num dado momento os apelados devedores arguiram em objeção de pré-executividade a ilegitimidade do apelante, em razão deste atuar nos autos como patrono do banco após outros causídicos outorgar-lhe substabelecimento com reserva de iguais poderes.

1 A Recente Reforma do Código de Processo Civil Operada pela Lei 11.382/06 e a Objeção de Pré-Executividade em Matéria Fiscal, *in*: www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/161/171

2 **Código de Processo Civil comentado** artigo por artigo, 5ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 259.

A juíza acolheu a objeção e, com base no art. 26 do EOAB, extinguiu o incidente de cumprimento da sentença sem resolução de mérito, justamente pela ilegitimidade ativa *ad causam* do suposto credor.

O apelante defende sua legitimidade, alicerçando-se no contrato de prestação de serviços profissionais de advocacia (f. 461-466) firmado com a instituição financeira, cuja manifestação de vontade há de prevalecer sobre o art. 26 do EOAB.

O artigo 26 do Estatuto da OAB diz que *"O advogado substabelecido, com reservas de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento"*.

Segundo a prova produzida, o apelante atuou em prol do banco após com este firmar contrato. No contrato, em relação à contraprestação pecuniária, ficou convencionado que:

> *"Cláusula quinta*
>
> *Pelos serviços de cobrança judicial ou extrajudicial dos créditos do contratante, das instituições financeiras do sistema financeiro sudameris e suas coligadas, bem como pelo serviço de elaboração de suas defesas, a nível de contencioso civil, administrativo ou fiscal, serão pagos ao contratado os honorários advocatícios, por fases processuais, observando-se o percentual abaixo estipulado, por faixa de valores, assim especificados: (...).*
>
> *Cláusula sexta*
>
> *Inicialmente o percentual de honorários será calculado sobre o valor inicial das ações e a partir da 2ª fase (ver quadro acima), sobre a dívida devidamente corrigida, compensando-se honorários anteriormente pagos ao contratado, estes igualmente corrigidos, caso o contratado não receba do devedor os honorários a que faz jus consoante previsto no parágrafo 4ª desta cláusula.*
>
> *Parágrafo primeiro*
>
> *Nos procedimentos judiciais, em que houver acordo extrajudicial ou transação judicial, o contratado, receberá do contratante, após a sua completa formalização, a metade dos percentuais estipulados no quadro ii retro, adequando-se na oportunidade o valor do acôrdo ao percentual correspondente na tabela de cláusula quinta, deduzidos os valores porventura já recebidos do contratante (percentual de honorários por fases processuais), devidamente corrigidos. (...).*
>
> *Parágrafo terceiro*
>
> *Os honorários advocatícios pagos pela parte contrária reverterão sempre para o contratado sendo que nas ações em que o contratante for réu, os honorários sucumbenciais a final serão deduzidos do que o contratado fizer jus nos termos do estabelecido na cláusula quinta retro, através de encontro de contas.*
>
> *Parágrafo quarto*
>
> *Nos procedimentos judiciais, em que houver acordo extrajudicial ou transação judicial, fica assegurada aos contratados a oportunidade de negociarem diretamente com o devedor os honorários advocatícios. Se a verba honorária recebida pelo devedor superar os valores já pagos pela contratante aos contratados (devidamente atualizados), os contratados reembolsarão a contratante até a quantia apurada. Caso a negociação da honoraria no (sic) logre êxito, prevalecerá, para todos os efeitos, o estipulado nas cláusulas deste contrato. Os contratados assumem o compromisso expresso de não permitir que a referida negociação dos honorários se torne um óbice ao acordo ou transação que interesse à contratante. (f. 462-464)".*

Não há no contrato nenhuma estipulação de que a representação dar-se-ia através de procuração outorgada diretamente ao contratado, o ora apelante, ou através da passagem do encargo pelos advogados que compõem o quadro jurídico do banco através do substabelecimento. O que o processo deixa evidente é a segunda hipótese, tanto que tal ocorreu, como consta do documento de f. 232.

Em sendo assim, em que pese o art. 26 da Lei n. 8.906/94 dispor a participação de advogado que conferiu o substabelecimento em demanda desta natureza, tenho pela não aplicabilidade ao caso em destaque, dada a intenção dos contratantes externada no contrato de prestação de serviços ajustado pelo apelante diretamente com a casa bancária, tanto que em relação aos honorários, além de convencionado o pagamento em percentual sobre o valor da causa escalonado, o dividiu, conforme a fase processual: inicial, 2ª fase (recursos, contrarrazões de recursos em qualquer instância) e final (sentença irrecorrível); reverteu os honorários advocatícios pagos pela parte contrária sempre para o contratado, deduzindo, no entanto, o valor pago antecipadamente pelo banco (f. 464).

Trata-se, portanto, de outorga de autonomia do advogado que milita como contratado da instituição financeira, e por via de consequência, uma forma, embora sem muita explicitação, de renúncia de direitos dos advogados substabelecentes e que compõem o corpo jurídico com vínculo laboral.

Importante observar que, em decisão que negou seguimento a recurso especial, de abril de 2014, o relator assim se pronunciou:

> *"(...) Por fim, quanto à alegada ofensa ao art. 26 da Lei 8.906/94, também não há razão ao recorrente. Não se desconhece a jurisprudência no sentido de que a execução de honorários por advogado substabelecido com reserva de poderes depende da anuência do substabelecente. Nesse sentido:*
>
> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO. ÔNUS DA PARTE. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. LIMITES. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. EXECUÇÃO POR ADVOGADO SUBSTABELECIDO COM RESERVA DE PODERES. ANUÊNCIA DO SUBSTABELECENTE. NECESSIDADE. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5º, LXXVIII, DA CF/88; 515, § 3º, E 525 DO CPC; 26 DA LEI Nº 8.906/94; E 257 DO RISTJ.*
>
> *1. Agravo de instrumento interposto em 08.03.2012. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 16.04.2013.*
>
> *2. Recurso especial em que se discute a legitimidade ativa de advogado substabelecido com reservas para execução de honorários advocatícios sem a anuência do advogado substabelecente.*
>
> *3. Constitui dever do agravante zelar pela correta formação do instrumento de agravo, trasladando as peças obrigatórias e essenciais. Precedentes.*
>
> *4. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e, ausente a necessidade de reexame das provas dos autos, a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.*
>
> *5. O art. 26 da Lei nº 8.906/94 veda qualquer cobrança de honorários advocatícios por parte do advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente.*
>
> *6. O fato de o advogado substabelecido ser o único a peticionar pelo cliente nos autos não tem o condão de excepcionar a regra do art. 26 da Lei nº 8.906/94. A assinatura*

das peças não atesta que o signatário foi o único a atuar no processo, sendo comum a existência de atividades paralelas, como reuniões, pesquisas e revisões, que podem ter sido realizadas por outros profissionais nomeados pelo cliente e que compõem o trabalho como um todo, participando da verba honorária.

7. O substabelecimento outorgado com reservas permite inferir, como faz o próprio art. 26 da Lei nº 8.906/94, que ambos os advogados - substabelecido e substabelecente - mantêm direito e interesse na verba.

8. Recurso especial provido." (REsp 1374573/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 28/03/2014).

"RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS PROMOVIDA PELO ADVOGADO SUBSTABELECIDO, COM RESERVA DE PODERES, SEM A ANUÊNCIA DO PROCURADOR SUBSTABELECENTE - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU - SENTENÇA REFORMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES ORIGINÁRIAS - IMPOSSIBILIDADE DE ALCANÇAR OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

Hipótese em que a ação executiva é promovida pelo advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente, com o intuito de receber honorários advocatícios sucumbenciais.

Sentença reformada pelo Tribunal de origem, afastando a declaração de inexistência de pressuposto de desenvolvimento válido do processo, bem como considerando inoponível ao exequente a celebração de transação firmada entre as a partes originárias.

O art. 26 da Lei n. 8.906/94 é claro em vedar qualquer cobrança de honorários advocatícios por parte do advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente.

Incide, portanto, a clássica a regra de hermenêutica, segundo a qual onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.

Ademais, pouco importa tratar-se de execução de honorários sucumbenciais, pois não se divisa a existência de peculiaridade a justificar a não aplicação da jurisprudência desta Corte Superior, que exige a observância do referido preceptivo legal, porque, embora o título executado seja certo e líquido, ainda se faz necessário aquilatar a existência de eventual acordo entre os procuradores representantes da parte vencedora a respeito da verba executada.

Tratando-se de um litisconsórcio necessário, curial a intervenção do procurador substabelecente, para, nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil, determinar-se a citação deste.

A verba honorária constitui direito autônomo do advogado, integra o seu patrimônio, não podendo ser objeto de transação entre as partes sem a sua aquiescência." (RESP 468.949/MA, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 18/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 231)

"O art. 26 da Lei n. 8.906/94 visa impedir o locupletamento ilícito por parte do advogado substabelecido, pois a aquiescência do procurador substabelecente mostra-se fundamental para o escorreito cumprimento do pacto celebrado entre os causídicos, a fim de que o patrono substabelecido, ao cobrar os honorários advocatícios, não o faça sem dar saber ao outro profissional que manteve reserva de poderes.

Independente da razão pela qual o advogado substabelecente não tenha composto inicialmente o polo ativo da demanda, sua ausência não enseja a imediata extinção do feito, sem julgamento de mérito. Nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil, deve o juiz, ainda que de ofício, determinar a citação daquele (Precedentes).

Ademais, não se afigura correta a extinção da presente execução, como requerido pelos ora recorrentes, eis que a formalidade exigida pelo o art. 26 da Lei n. 8.906/94 é facilmente atendida pelo retorno dos autos à origem, para que o exequente promova a citação do procurador substabelecente, a fim de que este tome ciência a respeito do processo executivo. Tal solução do caso atende a finalidade ética da norma em análise, bem como preserva os atos processuais até então praticados, em atenção aos princípios da instrumentalidade do processo e da inafastabilidade da jurisdição.

Recurso especial adesivo interposto por Genésio Neilôr Finger - Espólio não conhecido. Apelo extremo aviado por Cerealista Palotinense Ltda. e Outros Provido parcialmente, a fim de determinar o retorno dos autos ao Juízo de Direito de origem, para se intimar o exequente, no intuito de que este promova a citação do procurador substabelecente em 20 (vinte) dias, nos termos do parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil." (REsp 1068355/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 06/12/2013).

"Nos termos dos precedentes mencionados, o objetivo da norma em questão é 'impedir o locupletamento ilícito por parte do advogado substabelecido, pois a aquiescência do procurador substabelecente mostra-se fundamental para o escorreito cumprimento do pacto celebrado entre os causídicos, a fim de que o patrono substabelecido, ao cobrar os honorários advocatícios, não o faça sem dar saber ao outro profissional que manteve reserva de poderes'.

No caso dos autos, em que pese os argumentos trazidos pelo recorrente, o acórdão recorrido não merece reparos. Com efeito, concluiu que o 'crédito é decorrente do contrato de prestação de serviços avençado diretamente entre o Banrisul e o causídico, sendo que o substabelecimento que se encontra à fl. 17 é a forma que a instituição bancária se utiliza para outorgar poderes ao advogado que contrata' (fl. 185).

Está claro que a contratação foi direta pelo Banco, tanto que, acompanhando o substabelecimento supra citado, há correspondência do banco (oriunda da Direção Geral - fl. 18) para a agência da Comarca de Butiá, informando que remetiam o anexo instrumento de de mandato outorgado pelo Banco ao advogado acima citado (Dr. Luiz Flavio Rodrigues Miranda), para cobrar judicialmente os débitos ali mencionados. Tal correspondência é assinada pelo Dr. Wanderley de Oliveira Bica, o mesmo advogado que assina o analisado substabelecimento, a indicar que a contratação foi direta, em que pese ter perfectibilizado por meio da outorga de substabelecimento.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial." (STJ, REsp 1359189, Relator(a) Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, p. 11/04/2014).

Essa decisão do STJ se amolda perfeitamente ao caso em comento.

Vê-se do referido julgado uma complacência com o preceito legal em razão da peculiaridade da vontade externada no contrato. O apelante vem a juízo defender direito que inerente à garantia contratual. E não se diga que o advogado suposto credor, ora apelante, tenha afronta o art. 26 da Lei n. 8.906/94, porque não há contrariedade ao disposto no art. 104 do Código Civil. Trata-se de negócio jurídico, firmado por: I) agente capaz; II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III) forma prescrita ou não defesa em lei.

Também pertinente ao caso as anotações de rodapé do Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor[3], em relação a dispositivos da Lei n. 8.906/94 e que, de igual forma, com outras vertentes, se amoldam ao tema em debate, veja-se:

> *"Na ação de arbitramento quando não houver contrato formal e escrito convencionando honorários advocatícios, o destinatário do quantum encontrado é o advogado contratado (verbalmente). A relação entre ele e os colegas substabelecidos é pessoal e, portanto, o valor que cabe a cada um depende da estipulação entre os causídicos e não se inscreve no âmbito do arbitramento"* (STJ, 4ª T., REsp 525.671, Min. Fernando Gonçalvez, j. 13.5.08). (nota 10, art. 22).
>
> ***"Direito aos honorários quando há mais de um advogado constituído nos autos**. "Constando do instrumento de procuração autorização para que os advogados possam agir em conjunto ou separadamente, **qualquer deles é parte legítima para pleitear o arbitramento dos honorários, bem como para ajuizar a ação de execução da verba incluída na condenação por arbitramento ou sucumbência**"* (STJ, 3ª T., REsp 246.124, Min. Pádua Ribeiro, j. 25.11.02, maioria, DJU 7.4.03). (nota 3.a do art. 23)." (gn).

Litisconsórcio

Também com razão o apelante quando defende a formação do litisconsórcio, mesmo após a citação dos apelados. Aliás, o precedente do STJ transcrito acima tem a mesma posição.

E não poderia ser diferente, porque o parágrafo único do artigo 47 do CPC/1973, de natureza cogente, dispõe que: *"O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo."*

Nesse sentido, um outro precedente do STJ, veja-se:

> *"(...) 3. O art. 26 da Lei n. 8.906/94 visa impedir o locupletamento ilícito por parte do advogado substabelecido, pois a aquiescência do procurador substabelecente mostra-se fundamental para o escorreito cumprimento do pacto celebrado entre os causídicos, a fim de que o patrono substabelecido, ao cobrar os honorários advocatícios, não o faça sem dar saber ao outro profissional que manteve reserva de poderes.*
>
> *4. Independente da razão pela qual o advogado substabelecente não tenha composto inicialmente o polo ativo da demanda, sua ausência não enseja a imediata extinção do feito, sem julgamento de mérito. Nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil, deve o juiz, ainda que de ofício, determinar a citação daquele (Precedentes).*
>
> *5. Ademais, não se afigura correta a extinção da presente execução, como requerido pelos ora recorrentes, eis que a formalidade exigida pelo o art. 26 da Lei n. 8.906/94 é facilmente atendida pelo retorno dos autos à origem, para que o exequente promova a citação do procurador substabelecente, a fim de que este tome ciência a respeito do processo executivo. Tal solução do caso atende a finalidade ética da norma em análise, bem como preserva os atos processuais até então praticados, em atenção aos princípios da instrumentalidade do processo e da inafastabilidade da jurisdição.*
>
> *6. recurso especial adesivo interposto por Genésio Neilôr Finger - espólio não conhecido. apelo extremo aviado por cerealista palotinense Ltda. e outros provido parcialmente, a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de direito de origem,*

3 Negrão, Theotônio; Gouvêa, José Roberto F.; Bondioli, Luis Guilherme A.; Fonseca, João Francisco N.; 45ª ed., Saraiva: São Paulo, 2013, p. 1175.

> *para se intimar o exequente, no intuito de que este promova a citação do procurador substabelecente em 20 (vinte) dias, nos termos do parágrafo único do art. 47 do código de processo civil."* (STJ, REsp 1068355 / PR, Relator(a) Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 15/10/2013). (gn).

Ocorre que no presente incidente não se há falar em litisconsórcio ativo necessário, justamente por força da contratação existente entre a instituição financeira e o apelante.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para, em cassando a sentença, declarar o apelante como parte legítima para postular honorários no feito, determinando seu retorno ao juízo singular, para a continuidade normal do incidente de cumprimento da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 05 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802465-52.2013.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ FORMULADO POR MENOR IMPÚBERE, REPRESENTADO POR SEU AVÔ MATERNO – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR ABANDONO DE CAUSA – MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO FOI INTIMADO PESSOALMENTE PARA SE MANIFESTAR SOBRE IRREGULARIDADE NO ANDAMENTO DO PEDIDO, ANTES DA EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO – VÍCIO QUE NULIFICA A SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO ALVARÁ, POR ABANDONO DO REQUERENTE, QUANDO HÁ MEIOS PARA AVERIGUAR A NECESSIDADE OU NÃO DO ANDAMENTO, DE MODO A NÃO PREJUDICAR O MENOR – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária (pedido de alvará para levantamento de valores em favor de menor impúbere), antes de possível extinção do procedimento há de se abrir vista do feito ao Ministério Público, para averiguar a irregularidade ou não no andamento do pedido formulado, de modo a não causar prejuízo ao menor interessado.

Inaplicável, ao caso, a Súmula 240 do STJ, porquanto não se trata de ação, mas de mero procedimento de jurisdição voluntária. No procedimento de jurisdição voluntária não há lide, não há conflito de interesses mas interesses não em conflito, não há partes (mas sim interessados); o que há é a administração de interesses privados pelo órgão jurisdicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A. de S. P., menor impúbere, interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª vara da comarca de Coxim que, no procedimento de jurisdição voluntária (pedido de alvará para levantamento de numerário), em que foi citado o Banco do Brasil S/A, extinguiu o procedimento sem resolução do pedido formulado pelo requerente, nos termos do inciso III, do artigo 267, do Código de Processo Civil de 1973.

Requer, de início, o deferimento da justiça gratuita.

Quanto à extinção do procedimento, diz que não houve abandono da causa, já que atendidas todas as solicitações do juízo. Alega que a extinção de qualquer ação com fulcro no art. 267, inciso III do CPC/73, deverá obedecer a súmula 240 do STJ, que dispõe que "*a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu*". Por não ter nos autos manifestação do requerido pela extinção do referido procedimento, o juízo singular não poderia tê-lo fulminado.

Requer seja declarada nula a sentença.

O Banco do Brasil S/A apresentou resposta ao recurso à f.143-145.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, para o fim de anular a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. de S. P., menor impúbere, que não se conforma com a sentença que, no procedimento de jurisdição voluntária (pedido de alvará para levantamento de numerário) extinguiu o procedimento sem resolução do pedido do requerente, nos termos do inciso III, do artigo 267, do CPC/ 1973, ou seja, extinguiu o procedimento por abandono.

O apelante sustenta que não houve abandono da causa, já que atendidas todas as solicitações do juízo.

Diz que a extinção de qualquer processo com fulcro no art. 267, inciso III, do CPC/73 deverá obedecer a súmula 240 do STJ, que dispõe que *"a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu"*.

Ressalta que o Banco do Brasil S/A foi citado nos presentes autos e não se manifestou pela extinção do referido procedimento, motivo pelo qual o juízo singular não poderia tê-lo fulminado.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso.

Há de se declarar nula a sentença proferida.

Faço inicialmente uma digressão.

O pedido formulado retrata hipótese de procedimento de jurisdição voluntária. Enquanto que o procedimento de jurisdição contenciosa visa a composição de conflitos de interesses, o procedimento de jurisdição voluntária versa sobre interesses não em conflito.

Trata-se de procedimento cujo fim precípuo é assegurar a ordem jurídica. Para tanto, o estado intervém nos mais diversos setores de interesses privados, limitando a autonomia de vontade dos titulares. Há certas categorias de interesses privados cuja administração, a ser atribuída também a órgãos públicos, é especialmente conferida a órgãos jurisdicionais, principalmente na preservação de interesses ou tutela de menores, incapazes, família etc.

Como ensina Moacyr Amaral Santos,

> *"Em todos esses casos, os interesses sujeitos à administração dos órgãos judiciários não estão em conflito com interesses de outrem. Quer dizer que esses órgãos os conhecem não para compor conflitos, mas para tutelá-los, protegendo os respectivos titulares. Esse*

> *é o objeto da jurisdição voluntária: tutelar interesses não em conflito, protegendo os respectivos interessados. Por outras palavras, pode-se conceituar jurisdição voluntária como administração de interesses privados pelos órgão jurisdicionais*[1].

Logo, no procedimento de jurisdição voluntária não há lide, não há conflito de interesses mas interesses não em conflito; não há partes (mas sim interessados), de modo que há apenas a administração de interesses privados pelos órgãos jurisdicionais[2].

Fiz questão de fazer essa digressão para dizer que no procedimento de jurisdição voluntária não se aplica a súmula 240 do STJ. Ou seja, neste procedimento não há necessidade alguma de se ouvir a parte contrária, para que o juízo possa extingui-lo, já que não há sequer parte contrária neste procedimento, mas sim interessados.

É fato incontroverso que o apelante é menor impúbere, tendo manejado pedido de alvará para o levantamento de valores disponíveis em conta bancária deixada por sua mãe, que falecera no parto.

O apelante apresentou-se em juízo representado por seu avô materno E. de S.

Tratando-se de requerente menor impúbere, haveria de ter sido ouvido o Ministério Público de primeiro grau quanto a irregularidade ou não no andamento do pedido, por parte do requerente, antes da possível extinção; se isso não ocorreu, a sentença é nula.

Neste sentido é a ementa do acórdão mencionado no parecer ministerial, que transcrevo:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO EM QUE SE PEDEM ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE AUTORA. INTERESSE DE MENORES E INCAPAZES. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE DEFESA PRECÍPUA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 127 DA CF. INTIMAÇÃO PESSOAL DE TODOS OS ATOS DO PROCESSO. NULIDADE ABSOLUTA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE VALIDADE DA INSTÂNCIA. ARTIGOS 82, I, 84 E 246 DO CPC. ERROR IN PROCEDENDO. CASSAÇÃO DA SENTENÇA.*
>
> *A ausência de manifestação do representante legal da parte autora, que deveria velar pelos interesses dos menores impúberes, não pode, por si só, causar a extinção do processo sem a resolução do mérito, mormente quando se refere ao direito indisponível de alimentos. A intervenção do órgão de execução do Ministério Público, nas ações que versem sobre direitos de menores incapazes, é pressuposto processual de validade, levando à nulidade absoluta do processo quando inobservada. Ministério Público que não teve vista do processo antes da sentença que extinguiu o processo sem a resolução do mérito, pela inércia da parte autora. Erro de procedimento. Nulidade do processo a partir do momento em que o referido órgão deveria ter sido intimado para se manifestar. Conhecimento e provimento ao recurso."* (TJRJ - APL: 00050285820118190001 RJ 0005028-58.2011.8.19.0001, Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza, J: 10/09/2013, 22ª Câmara Cível, P: 07/10/2013).

Registro que o Ministério Público não foi ouvido quanto a inércia do requerente. Desta forma, não se pode causar prejuízo ao menor; urge que seja averiguado meios outros, capazes de solucionar ou não a pretendida liberação de valores.

1 Vide: Moacyr Amaral Santos, **Primeiras linhas de direito processual civil**, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77-79

2 Idem p. 79.

Lembro, por oportuno, que as peculiaridades do caso concreto não permitem concluir pela apontada inércia do representante legal do menor impúbere, como lembrou a Procuradoria em seu parecer:

> *"Com efeito, o processo apresenta traços sui generis a partir da p. 120, oportunidade que começam a surgir certidões de publicação de despachos, aparentemente inexistentes, uma vez que não encontradiços nos autos mas, tão somente, nas referidas certidões.*
>
> *É o caso do " despacho" referido na certidão de p. 120 que, como asseverado, não consta do feito. O mesmo ocorre com o "despacho"de p. 121 que, igualmente, só existe na certidão da lavra do escrivão judicial.*
>
> *Não bastasse isso, o virtual despacho mencionado na certidão de p. 120 faz referência a um outro, que teria intimado o autor a apresentar o endereço do Banco do Brasil em Campo Grande a fim de que se expedisse carta de citação.*
>
> *E, aqui, surgem três problemas adicionais: não há nos autos esse outro " despacho" e, muito menos, o comprovante de que o autor fora intimado a apresentar tal informação. Não bastasse isso, referido dado já fora juntado ao feito pelo autor, precisamente, na p. 119 e, pasmem, a citação já ocorrera, tanto que o banco apresentara a contestação de p. 60-67.*
>
> *Acresça-se que, embora o representante do menor tenha sido intimado pessoalmente a dar andamento ao feito em 48 horas , não se encontra no mandado o teor do suposto despacho , até porque, em tese existente, despacho não determinava a movimentação do feito em 48 horas, mas sim que o ora apelante apresentasse o termo de guarda definitivo, acaso expedido."*

A documentação existente nos autos não permite concluir, com certeza, que tenha ocorrido a inércia do representante do menor impúbere, inércia que poderia autorizar a extinção do procedimento por abandono, sem necessidade alguma de solicitação da parte contrária, já que nessa modalidade de procedimento não há partes, não há litígio, não há lide. O que há é interesse de incapaz, a ser tutelado pelo órgão jurisdicional, que atua em procedimento de jurisdição voluntária e não contenciosa.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos para a manifestação do Ministério Público e do requerente, para a continuidade normal do procedimento.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de junho de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803059-45.2013.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – INSPEÇÃO ORDINÁRIA – CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM DISPÊNDIOS – RELATÓRIO SUBMETIDO A JULGAMENTO ADMINISTRATIVO – ACOLHIMENTO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA EQUIPE TÉCNICA – DEVOLUÇÃO PELO AGENTE POLÍTICO ORDENADOR DAS DESPESAS – PUBLICIDADES COM CUNHO DE AUTO-PROMOÇÃO PESSOAL, AQUISIÇÃO DE APARELHO CELULAR COM DESVIO DE FINALIDADE E FESTIVIDADE SOCIAL PARA PESSOAS CONDECORADAS – MULTA ADMINISTRATIVA PERTINENTE – ADMITIDA A LEGALIDADE APENAS DAS DESPESAS DE AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE HONRARIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É obrigação do agente político zelar pelo patrimônio público. Logo, cabe ao ordenador de despesas atentar para que sejam elas compatíveis com a legislação orçamentária e financeira que regulam as atividades públicas.

O art. 37 § 1º da Constituição Federal veda publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanha dos órgãos públicos com propósito de auto-promoção pessoal.

Os principios da legalidade, impessoalidade e moralidade, dentre outros, veda despesas com aquisição de aparelho celular e dar-lhe destinação diversa, bem como gastos com festejos comemorativos àqueles que foram agraciados com honrarias. Mantida apenas a legalidade da aquisição de material de honraria, como medalha e troféus.

Preserva-se a multa administrativa aplicada pelo Tribunal de Contas quando compatível com a causa que a originou.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

José Silvio Mariano de Oliveira apela da sentença que julgou improcedente pedido de anulação da decisão do Tribunal de Contas, feito na inicial da ação declaratória ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul.

Diz que durante inspeção técnica na Câmara Municipal de Paranaíba, a qual presidia, houve glosa das despesas feitas com publicidade (R$ 5.000,00), aquisição de aparelho celular (R$ 679,68) e homenagens (R$ 14.994,00), condenando-o a ressarci-las e multa de 25 UFERMS.

Menciona equívoco do juízo em preservar irretocável a decisão administrativa porque há nos autos meios de aquilatar equívoco do órgão fiscalizador.

Em relação as despesas de publicidades reporta-se às provas dos autos como aptas a demonstrar sua utilização para divulgar os trabalhos da câmara de interesse social, informar *"a população que, mesmo diante das eleições que não o reelegeram, continuará seu trabalho da melhor forma até final de seu mandato"* (f. 257), não promoção pessoal, e que o fato de existir contratação de empresa para prestar serviços de transmissão e veiculação das sessões plenárias não obsta a divulgação através da imprensa escrita.

Ressalta, ainda, que a sugestão de rescindir o contrato com a imprensa escrita no término do encerramento legislativo de 2004 demonstra a gerência dos recursos públicos com parcimônia.

Quanto aos dispêndios com as homenagens reporta-se a elas como legais, *"porquanto autorizadas em plenário, encontrando-se o Decreto legislativo que a legitima (nº 01/04) e a Resolução que regulamenta a matéria (nº 02/2004), às fls. 64/66 dos autos, contrariando a sua decisão"* (f. 259) quanto a falta de provas, corroborado pelo fato de ter o corpo técnico do TC quando da análise do recurso de revisão considerado *"sanadas (sic) a irregularidade"*, inclusive em relação as despesas com publicidade, ao considerá-las como *"rotineiras ao exercício do ofício de presidente do poder legislativo municipal"* (f. 260).

Já em relação ao aparelho celular reporta-se à adquisição para uso exclusivo da presidência, *"para a operacionalização da gestão"* (f. 261), o que motivou os técnicos do TC anotar a não localização do aparelho ao tempo da inspeção.

Também pugna pela redução e/ou subtração da multa aplicada (25 UFERMS) em razão de não mais existir sua base legal – inc. IV do art. 53 da Lei Complementar n. 48/90, porque *"à época do impugnado Acórdão já não era mais revel"* (f. 263).

Requer provimento do recurso e a consequente anulação da decisão do Tribunal de Contas.

Contrarrazões às f. 271-279.

VOTO (EM 12/04/2016)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

José Silvio Mariano de Oliveira apela da sentença que julgou improcedente pedido de anulação da decisão do Tribunal de Contas, feito na inicial da ação declaratória ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Diz que durante inspeção técnica na Câmara Municipal de Paranaíba, a qual presidia, houve glosa das despesas feitas com publicidade (R$ 5.000,00), aquisição de aparelho celular (R$ 679,68) e com homenagens (R$ 14.994,00), condenando-o a ressarci-las e multa de 25 UFERMS.

Menciona equívoco do juízo em preservar irretocável a decisão administrativa porque há nos autos meios de aquilatar equívoco do órgão fiscalizador.

Em relação as despesas de publicidades reporta-se às provas dos autos como aptas a demonstrar sua utilização para divulgar os trabalhos da câmara de interesse social, informar *"a população que, mesmo diante*

das eleições que não o reelegeram, continuará seu trabalho da melhor forma até final de seu mandato" (f. 257), não promoção pessoal, e que o fato de existir contratação de empresa para prestar serviços de transmissão e veiculação das sessões plenárias não obsta a divulgação através da imprensa escrita.

Ressalta, ainda, que a sugestão de rescindir o contrato com a imprensa escrita no término do encerramento legislativo de 2004 demonstra a gerência dos recursos públicos com parcimônia.

Quanto aos dispêndios com as homenagens reporta-se a elas como legais, *"porquanto autorizadas em plenário, encontrando-se o Decreto legislativo que a legitima (nº 01/04) e a Resolução que regulamenta a matéria (nº 02/2004), às fls. 64/66 dos autos, contrariando a sua decisão"* (f. 259) quanto a falta de provas, corroborado pelo fato de ter o corpo técnico do TC quando da análise do recurso de revisão considerado *"sanadas (sic) a irregularidade"*, inclusive em relação as despesas com publicidade, ao considerá-las como *"rotineiras ao exercício do ofício de presidente do poder legislativo municipal"* (f. 260).

Já em relação ao aparelho celular reporta-se à aquisição para uso exclusivo da presidência, *para a operacionalização da gestão* (f. 261), o que motivou os técnicos do TC anotar a não localização do aparelho ao tempo da inspeção.

Também pugna pela redução e/ou subtração da multa aplicada (25 UFERMS) em razão de não mais existir sua base legal – inc. IV do art. 53 da Lei Complementar n. 48/90, porque *"à época do impugnado Acórdão já não era mais revel"* (f. 263).

Requer provimento do recurso e a consequente anulação da decisão do Tribunal de Contas.

A combatida sentença está assim fundamentada:

> *"(...) 3. Da legalidade da decisão proferida pelo TCE que inadimitiu o pedido de revisão formulado pelo autor:*
>
> *(...)*
>
> *Após analisar os autos, convenço-me de que não assiste razão ao autor, a partir dos pontos por ele suscitados, conforme passo a expor.*
>
> *Consta dos autos que o recurso interposto pelo autor no processo administrativo nº 19166/2005, contra a Decisão Simples nº 02/0252/2007, foi parcialmente provido (f. 51/53), alterando os comandos dos itens "1" e "3" da referida decisão, com a redução da multa de 100 (cem) para 25 (vinte e cinco) UFERMS, e para excluir do item "3", as glosas pertinentes às despesas constantes dos subitens "3.2" (publicidade), "3.3" (homenagens, cerimonial e jantares) e "3.5" (aquisição de telefone celular).*
>
> *Contra esta decisão (Acórdão nº 00/0312/2009), o autor interpôs Recurso de Revisão (f. 54/63), alegando violação a dispositivo de lei. Todavia, embora o recurso tenha sido recebido pela Corte de Contas, não foi conhecido pelo órgão competente, porquanto o relator reputou ausentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 92, da Lei Complementar nº 048/90 (f. 68/70), no que foi acompanhado pelo órgão Colegiado do Tribunal de Contas (f. 71).*
>
> *Pois bem. O art. 92 da Lei Complementar nº 48/90, com a nova redação que foi dada pela LC 117/05, dispõe:*
>
> *"Art. 92 - Da decisão definitiva do Tribunal, compreendida nos limites do art. 99 desta Lei Complementar, caberá pedido de revisão, de natureza jurídica similar à ação rescisória, fundado em:*

I - demonstração de erro de cálculo ou demonstração financeira inexata nas contas que integraram a decisão;

II - demonstração da falsidade ou ineficácia de documentos em que se tenha baseado a decisão;

III - na superveniência de novos documentos capazes de elidir prova anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento;

IV - nulidades relativas à comunicação de atos processuais que impliquem em prejuízo ao livre exercício do contraditório e da ampla defesa;

V - ofensa à coisa julgada;

VI - violação literal a disposição de lei.

§1º - O pedido de revisão pode ser interposto uma só vez, no prazo de até 02 (dois) anos do trânsito em julgado da decisão, cumulado com pedido de novo julgamento.

§2º - Na admissão da revisão, o Presidente do Tribunal indeferirá de plano o pedido que não seja fundamentado em pelo menos um, dos incisos I a VI, do caput deste artigo. (Nova Redação art. 5º LC 117/05)" (Grifei)

Considerando que o autor pretendia anular a decisão proferida pelo Tribunal de Contas com fundamento no inciso VI do artigo supracitado, deveria ter comprovado em que consistiu a ofensa a dispositivo de lei, o que não ocorreu na espécie.

Por conseguinte, o recurso do autor foi inadmitido de maneira escorreita, não havendo vício de legalidade na decisão proferida pela Corte de Contas Estadual.

4. Das despesas consideradas irregulares pelo Tribunal de Contas:

Na inspeção técnica realizada na Câmara Legislativa Municipal desta Comarca, pela Inspetoria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado (f. 17/33), foram constatadas algumas irregularidades enquanto o autor atuou como ordenador de despesas, evidenciando inobservância de normas de execução orçamentária, financeira e patrimonial (f. 31).

Ao final do processo administrativo, foram mantidas as penalidades relativas à aquisição de um aparelho celular que ninguém sabia onde se encontrava, à realização de publicidade contendo autopromoção do autor e despesas com homenagens que trouxeram prejuízo aos cofres públicos.

No tocante à aquisição do aparelho celular Nokia 6560, pela Câmara Municipal, pelo valor de R$ 679,68 (seiscentos e setenta e nove reais e sessenta e oito centavos), consta do relatório do processo administrativo que referido aparelho foi parcelado pela conta telefônica da Câmara, conforme fatura nº 14934336, na qual consta o pagamento da 2ª parcela de aquisição do aparelho em questão.

Não foi possível identificar quem detinha a posse do referido aparelho, tanto que o bem não fora localizado no recinto da Câmara, constando ainda do relatório que o aparelho não abriga a linha 9966-1031 (f. 25), pois o aparelho a ela vinculado foi localizado no prédio da Câmara Municipal, o que caracteriza desvio de finalidade.

Embora o autor tenha alegado em seu recurso que uma linha exclusiva da presidência fazia-se necessária para a operacionalização da gestão, bem como que o aparelho estava com ele quando realizada a inspeção, tais alegações restaram desprovidas de amparo na prova dos autos.

Em relação à publicidade contendo promoção pessoal do gestor público, o autor limitou-se a defender a legalidade do contrato celebrado com a empresa Auci Correa Fernandes - ME (Folha de Selviria), acrescentando que o mesmo legitimava a publicação das matérias tratadas em plenário e que todas as matérias divulgadas ostentavam relevância social.

Uma vez mais é preciso assinalar que o autor não se preocupou em apresentar prova alguma da veracidade de suas alegações, pois sequer juntou aos autos cópia das matérias questionadas pela Corte de Contas estadual.

Por fim, no que se refere aos gastos com homenagens, sustentou o autor que todos os gastos foram autorizados pela Resolução n. 02/2004, razão pela qual não haveria qualquer irregularidade.

Ocorre que o texto da referida resolução não foi juntado aos autos e, apesar de regularmente intimado para especificar provas, o autor quedou-se inerte, incidindo na espécie a preclusão.

Importante registrar, ainda, que incumbia ao autor o ônus de comprovar cabalmente a regularidade de sua conduta como gestor público e, por conseguinte, a insubsistência das penalidades impostas pelo TCE/MS.

(...)

Ausente a demonstração da regularidade dos gastos apontados como indevidos pelo órgão de controle, devem ser mantidas as penalidades impostas ao autor no bojo do do processo administrativo nº 19166/2005 pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar improcedentes os pedidos formulados pelo autor, com o que resolvo o mérito desta ação, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC.

Ante a sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), considerando a Complexidade e o tempo despendido para deslinde da demanda, nos termos do art. 20, § 3º e 4º, do CPC." (f. 243-249).

As motivações para a reforma da sentença estão alavancadas nas provas carreadas aos autos. Em relação às publicidades destinadas a divulgar trabalhos da câmara, diz ser de interesse social e não promoção pessoal; as com as homenagens *"autorizadas em plenário, encontrando-se o Decreto legislativo que a legitima (nº 01/04) e a Resolução que regulamenta a matéria (nº 02/2004), às fls. 64/66 dos autos";* a aquisição do aparelho celular, para uso exclusivo da presidência, *"para a operacionalização da gestão"* (f. 261); e o desaparecimento da causa da sanção pecuniária (revelia) a partir do momento em que impugnou o acórdão emitido pelo Tribunal de Contas.

A pretensão do apelante é, à luz do ensinamento doutrinário de José dos Santos Carvalho Silva, invalidação da decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado, em decorrência das irregularidades constatadas em inspeção ordinária (f. 17-33).

Para que tal ocorra, diz o doutrinador, é necessário que haja vícios de legalidade, distinguidos entre competência, finalidade, forma e objeto.

No caso em apreço, a equipe técnica do órgão inspecionador constatou irregularidades durante inspeção ordinária na Câmara Municipal de Paranaíba, presidida na época pelo apelante, *"evidenciando*

inobservância das normas de natureza orçamentária, financeira e patrimonial, em razão de documentação comprobatória, bens patrimoniais, controle da dívida flutuante e na tesouraria" (f. 37), tais como: *"despesas de publicidade que infringiram o art. 37, § 1º, da CF/88, a aquisição de aparelho celular parcelado pela conta telefônica da Câmara sem possibilidade de identificar quem tem a posse do mesmo, o que caracteriza desvio de finalidade"* (f. 38).

Embora a decisão administrativa tenha sido impugnada através dos recursos próprios (f. 42-50 e 54-63), o primeiro, pedido de revisão, foi conhecido e parcialmente provido *"para alterar os comandos dos itens '1', da decisão simples nº 02/0252/2007, de f. 340-341, com os efeitos práticos de reduzir a multa imposta ao recorrente no item '1', para o patamar de 25 (vinte e cinco) UFERMS; e excluir do ítem '3.1' (diárias a servidores"; e '3.4' (subvenção social ao sindicato rural de paranaíba), e manter as glosas de despesas constantes dos sub-itens '3.2' (despesas de publicidade com ilustração de fotografias do Recorrente); 3.3' (despesas com homenagens, cerimonial e jantares"; e '3.5 (aquisição de telefone celular), ficando mantidos os demais comandos da decisão recorrida"* (f. 53); *enquanto o outro, recurso de revisão,* não foi conhecido *"pela falta de preenchimento dos requisitos de admissibilidade previsto no artigo 92 da Lei Complementar nº 048/90 alterada pela Lei Complementar n. 117/05 c/c art. 223 da Resolução Normativa TC/MS nº 057/2006"* (f. 70).

Diante da preservação da condenação pecuniária e das glosas dos dispêndios buscou o apelante o órgão jurisdicional, lançando mão da ação declaratória com o propósito de obter anulação, ou na melhor técnica, invalidação, da decisão do Tribunal de Contas.

O juiz, como se vê da sentença transcrita, não se convenceu de que o ato administrativo estivesse eivado do vício de legalidade para invalidá-lo. E o fez com acerto, posto que, após detida análise dos autos, não verifiquei vícios de legalidade. Vejamos.

Despesas com publicidade

Segundo o apelante, as matérias divulgadas no jornal contratado não têm propósito de enaltecimento pessoal, mas sim divulgar as atividades desenvolvidas pela Câmara em prol dos munícipes.

No entanto, os documentos de f. 79, 81, 83, 85, apontam para uma vertente diversa do foco dado pelo apelante. Aliás, a de f. 85 não deixa dúvida quanto ao desiderato promocional de sua pessoa, inclusive estampando sua fotografia, além de inserir o seguinte texto:

> *"O presidente salientou ainda, que mesmo diante do resultado das eleições, continuará o seu trabalho até o final do mandato da mesma forma, sem nenhum ressentimento político ou mágoa, pois como homem público e democrático entende a posição dos eleitores e até porque, novas eleições virão e novos embates certamente serão travados."*

Na matéria seguinte, divulgada na mesma página da acima reproduzida e com divulgação da imagem (f. 85), consta outra, titulada de moção de pesar por falecimento, onde o apelante, ressaltando sua condição de vereador paranaibense, ou seja, em nome próprio, apresenta sentimentos de pesar aos familiares de Alaor Francisco de Oliveira. Ora, evidente o propósito da auto-promoção pessoal em tais reportagens.

O mesmo ocorre na estampada às f. 83 e 81. É de fácil percepção a pretensão do apelante de auto-promover-se. Para assim concluir basta verificar as divulgações das proposições de outros vereadores, onde consta apenas o nome e as atividades realizadas, sem inserção da imagem.

Não é o caso de analisar o dispêndio à luz de ato ímprobo em razão de não verificar, pelo menos na hipótese, a má-fé do apelante na divulgação de sua atuação como agente público.

Pondera-se, por oportuno, que o § 1º do art. 37 da Constituição Federal não veda publicidade. Veda, no entanto, a divulgação de dados, de circunstâncias, que facilitem, possibilitem, incutam na opinião pública características pessoais do agente público, veja-se:

> *"A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos."*

Dada a publicidade de ações edilícias com evidente associação com o apelante, com acerto a decisão do Tribunal de Contas impugnando-a e atribuindo-lhe a responsabilidade pecuniária.

Aquisição de aparelho celular

Em relação ao aparelho celular, constataram os técnicos do Tribunal de Contas:

> *"(...) Conforme fatura nº 14934336, houve o pagamento da 2ª parcela de aquisição do aparelho celular – Nokia 6560, cujo valor total é de R$ 679,68.*
>
> *Tal aparelho não foi localizado na Câmara por ocasião desta inspeção, e não se trata também do aparelho que abriga a linha 9966-1031, este localizado. (f.), bem como não se identificou quem o manuseia. (f. 25)"*

Aqui também não há como dar guarida a pretensão do apelante. Isto porque, muito embora diga que o aparelho era de uso da presidência da Câmara, não há nos autos nenhuma comprovação neste sentido, mas sim o oposto, em razão do *chip* da linha destinada ao uso da presidência da Câmara, n. 9966-1031, estar acoplada a aparelho diverso.

Tivesse o aparelho destinação de uso pela presidência da Câmara, por certo que estaria ele a serviço da linha a ela destinada. Vê-se, assim, quão inconsistente os argumentos do apelante neste sentido.

Gastos com honrarias

Constou do relatório técnico do Tribunal de Contas que tais despesas não aparentavam regularidade "*à luz dos princípios da legalidade e eficiência, insculpidos no Art. 37 da Constituição Federal"* (f. 23).

Na ótica do apelante são elas regulares em razão de sua instituição através do Decreto Legislativo nº 01/2004 (f. 64-65) e Resolução n. 02/2004 (f. 66).

É certo a distribuição de honrarias pelo poder legislativo, pelo que tenho como pertinente acalentar a legalidade das despesas tidas com a confecção dos troféus e medalhas, no valor de R$ 5.504,00 (f. 87).

Refoge, no entanto, dos princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade as despesas feitas com local de clube (f. 88-90) e serviços de coquetel (f. 91-93) em razão de se tratar de mero encontro social.

Trata-se de evento festivo, de cunho eminente social para prestigiar alguns munícipes, em detrimento da maioria.

De mais a mais, conquanto comum as honrarias como meio de reconhecer trabalho extraordinário no contexto sócio-político-econômico de determinados cidadãos, não o é a comemoração posterior.

E aqui registro um fato recentemente ocorrido na Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

No dia 08 de outubro de 2015 o legislativo estadual condecorou várias e várias pessoas de todo o estado. Ocorre que encerrado o evento de condecoração, não houve nenhuma extensão comemorativa, como procedeu a Câmara Municipal de Paranaíba na gestão do apelante.

Em resumo: admite-se gastos para a distribuição de honrarias, como, por exemplo, aquisição de medalhas ou diploma de honra ao mérito em papel especial. O que não se admite é o gasto com comemoração, como ocorreu no caso em comento.

Multa

A multa aplicada ao apelante pelo Tribunal de Contas foi pautada no art. 53 incisos II e IV da Lei Complementar n. 48/90 c/c art. 197, incisos II e VII do RITCMS, *"por haver infringido a normal legal e pelo não atendimento a diligência do Relator no prazo fixado"* (f. 38).

Os dispositivos indicados contêm a seguinte redação:

> *"Art. 53 - O Tribunal de Contas aplicará multa de até mil e oitocentas UFERMS (Unidade Fiscal de Referência de Mato Grosso do Sul), ou outro valor unitário que venha a substituí- la, em virtude de dispositivo legal superveniente, aos responsáveis por: (...)*
>
> *II - ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; (...).*
>
> *IV - não-atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;"*

Muito embora a decisão refira-se a combinação do artigo transcrito com o 197 do RITCMS, tenho que correto o art. 180 do Regimento vigente à época, já que nele faz expressa alusão a multa em questão com graduação, a saber:

> *"Art. 180 – O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do artigo 53 da Lei Complementar nº 48/90, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação. (...).*
>
> *II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial – multa de 90 (noventa) a 1.800 (mil e oitocentas) UFERMS; (...).*
>
> *VII – atraso, sem justa causa justificada, na remessa dos documentos previstos em lei, neste Regimento ou Instrução Normativa – multa de 90 (noventa) a 180 (centos e oitenta) UFERMS;"*

Diz o apelante que a partir do momento em que interpôs recurso deixou de ser revel, alterando sua situação.

Engana-se o apelante. O fato de ter interposto recurso não alterou sua situação. Isto porque, quando notificado acerca do relatório de inspeção foi-lhe concedido prazo máximo de 30 (trinta) dias (art. 207, e seus parágrafos, e 208 do Regimento Interno) para que encaminhasse ao gabinete do Conselheiro Relator, os esclarecimentos e documentos solicitados no relatório (f. 34). A multa aplicada ocorreu devido a esta inércia.

E não é só por esta causa. Some-se a ela a prática *"com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial"* cuja circunstancia é preservada.

Também não é o caso de reduzi-la porque, como se vê dos dispositivos do art. 187 do RITCMS vigente à época, está ela aquém do mínimo previsto.

Correta, portanto, a decisão do Tribunal de Contas que impôs ao apelante obrigação de devolver aos cofres públicos despesas efetuadas com ofensa aos princípios da probidade, impessoalidade e legalidade preconizados pela Constituição Federal, salvo a despesa para aquisição de honrarias, como mencionado acima.

A respeito veja-se precedente:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS. COGNIÇÃO AMPLA. CONTROLE JURISDICIONAL. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. RESSARCIMENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. As contas dos administradores que autorizam despesas e gerenciam receitas são julgadas diretamente pelo Tribunal de Contas com fundamento na Constituição Federal, art. 71, inc. II, sem a participação do Poder Legislativo. Pode o Tribunal de Contas, nestes casos, impor a devolução de valores gastos ou deixados de arrecadar em desatendimento a dispositivos legais e aplicar multas, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Essa decisão admite ampla defesa em embargos à execução, sob controle jurisdicional. É subjetiva a responsabilidade dos agentes fiscalizados por aquele Tribunal, com relação à imputação de débito para ressarcimento de prejuízos. Sucumbência invertida. Apelação provida."* (TJRS; AC 70037325693; Rio Grande; Vigésima Segunda Câmara Cível; Relª Desª Rejane Maria Dias de Castro Bins; Julg. 29/07/2010; DJERS 09/08/2010).

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para julgar em parte procedente a pretensão do autor e deduzir do título em execução (autos n. 0001673-18.2010.8.12.0018 em apenso), o valor de R$ 5.504,00 (cinco mil, quinhentos e quatro reais), referente ao dispêndio com troféus e medalhas (f. 86-87), declarando o processo extinto com resolução de mérito. Em decorrência do provimento parcial do recurso, condeno o autor apelante a pagar honorários do Estado, porém no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), com juros e correção a contar da publicação do acórdão. Também condeno o autor no pagamento das custas processuais. Justifico a condenação do autor nas custas e em honorários (o juiz singular o havia condenado a R$ 4.800,00 de honorários), porque o Estado decaiu de parte mínima de seu pedido contido na execução, ou seja, houve apenas a redução das despesas com aquisição de troféus e medalhas.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 19/04/2016 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 19/04/2016)

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

Pedi vista dos autos para melhor análise dos elementos de prova existentes.

Após acurado exame do recurso, entendo por bem acompanhar o Relator pelo parcial provimento, de modo a deduzir do título em execução (autos n. 0001673-18.2010.8.12.0018 em apenso) o valor de R$ 5.504,00 (cinco mil, quinhentos e quatro reais), referente ao dispêndio com troféus e medalhas (f. 86-87).

Como bem observou o ilustre Relator, os gastos com publicidade extrapolam o caráter educativo, informativo ou de orientação social, permitido pela Constituição Federal, constando nomes e imagens que caracterizam evidente promoção pessoal do apelante, dado o conteúdo particular das notícias, mormente

no que se refere à satisfação a seus eleitores quanto ao final de seu mandato. Também em relação às providências adotadas pelo vereador no que se refere aos mapas da cidade e homenagens aos munícipes, as matérias dão destaque ao seu nome e foto, desviando de sua finalidade informativa sobre as questões legislativas para se apresentar de caráter promocional da atuação do vereador em questão, o que fere o disposto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Quanto ao celular, muito embora o apelante tenha defendido o uso institucional do aparelho, de fato não há prova de suas alegações.

Por fim, no que se refere às despesas com o evento de entrega de medalhas de mérito legislativo paranaense, verifico que, não obstante a Resolução n. 2/2004 autorize a despesa de R$ 15.000,00, o valor foi utilizado não apenas para viabilizar a entrega das medalhas e cerimônia de homenagens, mas também às comemorações, as quais deveriam ficar sob a responsabilidade dos homenageados, se assim pretendessem.

Ante o exposto, acompanho o Relator pelo parcial provimento do apelo de modo a deduzir do título em execução (autos n. 0001673-18.2010.8.12.0018 em apenso), o valor de R$ 5.504,00 (cinco mil, quinhentos e quatro reais), referente ao dispêndio com troféus e medalhas (f. 86-87) e, consequentemente, adequação da sucumbência.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1400492-41.2016.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONDOMÍNIO RECANTO DAS PALMEIRAS – FORTES INDÍCIOS DE QUE PARTE DA OBRA FOI ENTREGUE EM DESACORDO COM AS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS E COM A PROPAGANDA FEITA PELA CONSTRUTORA – INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DE LAUDO DE VISTORIA SUBSCRITO POR ENGENHEIRO CIVIL – ANTECIPAÇÃO PARCIAL DOS EFEITOS DA TUTELA PERTINENTE – PRESENÇA DA PROVA INEQUÍVOCA, CONDUTORA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – NECESSIDADE DE REPAROS IMEDIATOS DOS PROBLEMAS QUE DECORREM DE VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO E NA EXECUÇÃO DO PROJETO – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR, ENTRETANTO, NO QUE PERTINE AOS ASPECTOS QUE APARENTEMENTE DEPENDEM DA ATUAÇÃO CONJUNTA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS E DAQUELES QUE NÃO IMPLICAM EM RISCO DE DANO APTO A JUSTIFICAR A TUTELA ANTECIPADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Verificada a existência da prova inequívoca, condutora da verossimilhança das alegações, bem como do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, correta a antecipação dos efeitos da tutela para que a construtora promova de imediato os reparos que, aparentemente, decorrem de vícios na construção e na execução do projeto de edificação do Condomínio Recanto das Palmeiras. Por outro lado, faz-se necessário um maior aprofundamento sobre os aspectos que dependem de atuação conjunta de órgãos públicos, bem como daqueles que não implicam em risco de dano apto a justificar a tutela antecipada, afigurando-se mais segura a ampliação dos debates através do exercício do contraditório nos autos originários, antes que quaisquer providências sejam adotadas a respeito, diante da possibilidade da construtora ser responsabilizada por fatos que em tese extrapolam suas possibilidades ou estejam além dos compromissos efetivamente assumidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

JRA Construção e Comércio Ltda agrava da decisão interlocutória (f. 43-47) proferida na ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais (0806366-27.2015.8.12.0021) ajuizada por

Associação dos Proprietários, Cessionários e Possuidores do Condomínio Recanto das Palmeiras, em curso na 4ª vara cível da comarca de Três Lagoas.

A combatida decisão deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela agravada na ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais e materiais que propôs contra a ora agravante. Determinou-se na decisão recorrida que ré agravante promova, às suas expensas, os atos necessários ao reparo dos defeitos e edificação da área faltante, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de descumprimento.

Alega a agravante que a autora omitiu na inicial informação acerca da entrega, em 01.07.2015, dos documentos denominados *"Relatório Recanto das Palmeiras"*, datado de 23.06.2015, e *"Relatório Asfalto Construcampo",* datado de 17.06.2015, nos quais a recorrente se comprometeu a reparar os alegados vícios de construção.

Diz que os pedidos iniciais abrangem a realização de obras e instalação de equipamentos que não estão previstos no contrato de compra e venda padrão, tampouco no material publicitário disponibilizado pela agravante, visando, com isso, obtenção de vantagens indevidas.

Aduz que não se verifica no caso concreto a presença da prova inequívoca, condutora da verossimilhança das alegações, acreditando ser precipitada a antecipação dos efeitos da tutela promovida no juízo *a quo*, sem antes viabilizar à parte *ex adversa* o exercício do contraditório.

Assevera que descabe falar em ausência de entrega da infraestrutura e obra denominada "*melhoramento de uso comum e lazer*", tendo em vista que a agravante, em 04.07.2012, teria entregue tal obra, nos termos do instrumento particular de contrato de compra e venda, indicando que desde àquela época os associados vêm usufruindo das referidas estruturas.

Impugnou pontualmente os defeitos alegados na inicial da ação originária, quais sejam: 1) trincas nos muros de fechamento do loteamento com altura de 2,20 metros, 2) das trincas nos vãos das portas e janelas dos quiosques da área comum, 3) das trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação, 4) da implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais, 5) da implantação da rede de coleta de esgoto doméstico, 6) realização da calçada da quadra 14 e seu respectivo jardim (área pertencente ao condomínio e sem entrega de benfeitorias), 7) adequação das portas de saída de emergência e, conformidade ao laudo do bombeiro, 8) realização da complementação do piso da quadra poliesportiva até o alambrado, pois inadequada ao uso, 9) escorregador de madeira inadequado ao uso, 10) adequação do sistema de irrigação da área verde, pois ineficiente e 11) adequação do sistema de iluminação da praça, pois ineficiente.

Aduz que, na hipótese em comento, não há se falar em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, argumentando que de todos os defeitos acima relacionados os únicos remanescentes seriam as trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação e a implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais, estando as demais questões, a seu ver, todas solucionadas.

Destaca que a agravada teria omitido a informação de que, em 01.07.2015 recebeu, na pessoa de sua procuradora, uma relação de documentos, por meio da qual teria sido cientificada que os reparos na pavimentação asfáltica seriam feitos após o início da operação da estação elevatória de esgoto, indicando que a responsabilidade pelo atraso de tais obras recai, exclusivamente, sobre a Prefeitura de Três Lagoas, a Sanesul e o Imasul.

Assevera que a associação agravada recebeu, de fato, as obras de infraestrutura e as áreas de lazer em 04.07.2012, quando de sua constituição, nada reclamando por mais de 3 (três) anos, para, então, somente em 13.07.2015, apontar supostos danos e vícios estruturais do loteamento, acreditando que tal espera descaracteriza um dos requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela, qual seja, receio de

dano irreparável ou de difícil reparação, salientando a existência risco de irreversibilidade do provimento concedido no juízo *a quo*.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento, para cassar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, para que a apreciação do pedido de liminar seja postergado para momento posterior ao exercício do contraditório no juízo *a quo*.

Instruiu o feito com os documentos de f. 43-469.

Às f. 472-474 o recurso foi recebido no efeito suspensivo ativo, apenas no que pertine aos reparos dos vícios de construção relacionados às trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação e à implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais; as informações solicitadas ao juízo *a quo* foram prestadas às f. 478-479; a contraminuta foi apresentada às f. 480-490.

Posteriormente, às f. 567 e 569, pugna a agravada pela revogação do efeito suspensivo concedido ao agravo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

JRA Construção e Comércio Ltda agrava da decisão interlocutória (f. 43-47) proferida na ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais (0806366-27.2015.8.12.0021) ajuizada por Associação dos Proprietários, Cessionários e Possuidores do Condomínio Recanto das Palmeiras, em curso na 4ª vara cível da comarca de Três Lagoas.

A ação originária foi ajuizada em razão de supostos vícios de construção e ausência de implementação de área comum apresentados no empreendimento denominado Condomínio Recanto das Palmeiras, o que estaria em desacordo com os contratos firmados entre a construtora e os condôminos (proprietários, cessionários e possuidores), sendo deferido, em antecipação de tutela, que ré agravante promova, às suas expensas, os atos necessários ao reparo dos defeitos e edificação da área faltante, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de descumprimento.

Alega a agravante que quando da interposição da ação houve omissão por parte da agravada, que não teria informado ao juízo a entrega, em 01.07.2015, dos documentos denominados *"Relatório Recanto das Palmeiras"*, datado de 23.06.2015, e *"Relatório Asfalto Construcampo"*, datado de 17.06.2015, nos quais a recorrente se comprometeu a reparar os alegados vícios de construção.

Sustenta que a autora, com a demanda originária, também lhe exige a realização de obras e instalação de equipamentos que nunca integraram o contrato de compra e venda padrão, tampouco o material publicitário disponibilizado pela agravante, visando, com isso, obtenção de vantagens indevidas.

Aduz que não se verifica no caso concreto a presença da prova inequívoca, condutora da verossimilhança das alegações, acreditando ser precipitada a antecipação dos efeitos da tutela promovida no juízo *a quo*, sem antes viabilizar à parte *ex adversa* o exercício do contraditório.

Assevera que descabe falar em ausência de entrega da infraestrutura e obra denominada *"melhoramento de uso comum e lazer"*, tendo em vista que a agravante, em 04.07.2012, teria entregue tal obra, nos termos do instrumento particular de contrato de compra e venda, indicando que desde àquela época os associados vem usufruindo das referidas estruturas.

Impugnou pontualmente os defeitos alegados na inicial da ação originária, quais sejam: 1) trincas nos muros de fechamento do loteamento com altura de 2,20 metros; 2) das trincas nos vãos das portas e janelas dos quiosques da área comum; 3) das trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação; 4) da implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais; 5) da implantação da rede de coleta de esgoto doméstico; 6) realização da calçada da quadra 14 e seu respectivo jardim (área pertencente ao condomínio e sem entrega de benfeitorias); 7) adequação das portas de saída de emergência em conformidade com o laudo do bombeiro; 8) realização da complementação do piso da quadra poliesportiva até o alambrado, pois inadequada ao uso; 9) escorregador de madeira inadequado ao uso; 10) adequação do sistema de irrigação da área verde, pois ineficiente; e 11) adequação do sistema de iluminação da praça, pois ineficiente.

Aduz que, na hipótese em comento, não há se falar em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, argumentando que de todos os defeitos acima relacionados os únicos remanescentes seriam as trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação e a implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais, estando as demais questões, em seu sentir, todas solucionadas.

Destaca que a agravada teria omitido a informação de que, em 01.07.2015, recebeu, na pessoa de sua procuradora, uma relação de documentos, por meio dos quais teria sido cientificada que os reparos na pavimentação asfáltica seriam feitos após o início da operação da estação elevatória de esgoto, indicando que responsabilidade pelo atraso de tais obras recai, exclusivamente, sobre a Prefeitura de Três Lagoas, a Sanesul e o Imasul.

Assevera que a associação agravada recebeu, de fato, as obras de infraestrutura e as áreas de lazer em 04.07.2012, quando de sua constituição, nada reclamando por mais de 3 (três) anos, para, então, somente em 13.07.2015, apontar supostos danos e vícios estruturais do loteamento, acreditando que tal espera descaracteriza um dos requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela, qual seja, receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salientando a existência risco de irreversibilidade do provimento concedido no juízo *a quo*.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento, para cassar a decisão que antecipou os efeitos da tutela, para que a apreciação do pedido de liminar seja postergado para momento posterior ao exercício do contraditório no juízo *a quo*.

Instruiu o feito com os documentos de f. 43-469.

Às f. 472-474 foi concedido parcialmente o efeito suspensivo ativo ao agravo, apenas no que pertine aos reparos dos vícios da construção relacionados às trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação e à implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais; as informações solicitadas ao juízo *a quo* foram prestadas às f. 478-479; a contraminuta foi ofertada às f. 480-490, conjuntamente com os documentos de f. 491-565.

Passo ao voto.

Inicialmente, consigna-se que este recurso será apreciado sob o pálio do CPC/1973, tendo em vista que tanto o *decisum* agravado, quanto a interposição do recurso se deram sob a égide do referido diploma legal.

A ação originária foi proposta pela autora agravada em razão de supostos vícios de construção e ausência de implementação de área comum verificados no empreendimento denominado Condomínio Recanto das Palmeiras, o que estaria trazendo inúmeros prejuízos aos proprietários, cessionários e possuidores de imóveis.

Indica a necessidade das seguintes ações, às expensas da ré agravante, para sanar os vícios construtivos, bem como para implementar, na forma ofertada, toda a infraestrutura da área comum e em condições de uso adequado a sua finalidade:

> *"a) reparação das trincas nos muros de fechamento do loteamento com altura de 2,20;*
>
> *b) reparação das trincas nos vãos das portas e janelas dos quiosques da área comum;*
>
> *c) reparação das trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação;*
>
> *d) implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais;*
>
> *e) implantação da rede de coleta de esgoto doméstico;*
>
> *f) realização da calçada da quadra 14 e seu respectivo jardim (área pertencente ao condomínio e sem entrega das benfeitorias);*
>
> *g) adequação das portas de saída de emergência em conformidade ao laudo do bombeiro (execução deve corresponder ao projeto entregue pela construtora);*
>
> *h) realização da complementação do piso da quadra poliesportiva até o alambrado, pois inadequado ao uso;*
>
> *i) adequação do sistema de irrigação da área verde, pois ineficiente;*
>
> *j) adequação do sistema de iluminação da praça, pois ineficiente." (f. 90)*

Justifica tal pretensão nos contratos de compra e venda que foram entabulados entre a construtora e os adquirentes dos imóveis, que foi elaborado nos seguintes termos, especificamente no que se refere à situação *sub judice*:

> *"11. Dos melhoramentos*
>
> *11.1. No loteamento, descrito no item 3, sub-item B, do quadro resumo, serão implantados pela vendedora, e integram o preço do lote, ora pactuado, os seguintes melhoramentos:*
>
> *a) Abertura de vias de circulação;*
>
> *b) Rede superficial de escoamento de águas pluviais;*
>
> *c) Rede de distribuição de água com as derivações prediais;*
>
> *d) Rede coletora de esgoto com as derivações prediais e estação elevatória;*
>
> *e) Redes elétrica e de iluminação pública;*
>
> *f) Guias e sarjetas;*
>
> *g) Pavimentação asfáltica das vias de circulação;*
>
> *h) Muro de fechamento do loteamento com altura de 2,20 metros;*
>
> *i) Portaria e Administração;*

j) Salão de festas;

k) Quadra de areia;

l) Quadra poliesportiva;

m) Playground;

n) Duas churrasqueiras;

o) Piscina.

Parágrafo Primeiro. Os melhoramentos, descritos nos sub-itens a) a g) do item 11.1 retro, serão executados até 22 de outubro de 2012, de acordo com os projetos aprovados pelos órgãos e concessionárias de serviços públicos competentes.

Parágrafo Segundo. Os melhoramentos descritos nos sub-itens h) a o) do item 11.1 retro, serão executados até 22 de outubro de 2013.

Parágrafo Terceiro. O prazo de ligação dos serviços públicos obedecerá às normas de suas respectivas concessionárias, e todas as despesas decorrentes dessas ligações serão de obrigação exclusiva do(s) comprador(es).

Parágrafo quarto. a vendedora outorgará à Associação dos Proprietários do Recanto das Palmeiras uma escritura de doação dos lotes 01 da Quadra 02 e ,2 da Quadra 15 (Área Comum/Lazer 1), nos quais serão edificados melhoramentos, previstos nos sub-itens i) a o) do item 11.1 retro, e dos lotes 08 e 16 da Quadra 02, correspondentes às Área Comum/Lazer 2 e Área Comum/Lazer 3, respectivamente. Essa outorga poderá ser feita antes ou, no máximo, em 60 (sessenta) dias após a conclusão integral destas obras." (f. 151-152)

Salienta a autora agravada, ainda, que através da vistoria realizada no empreendimento (f. 211-244) foram constatadas as aludidas imperfeições e defeitos nos serviços de construção, concluindo o respectivo laudo, datado de 08 de setembro de 2015, que os vícios que ora são questionados teriam origem construtiva, o que comprometeria a segurança, a saúde, a habitabilidade e adequação das moradias.

Por outro lado, a ré agravante, em sua minuta recursal, compreende não estarem presentes a prova inequívoca, condutora da verossimilhança das alegações, assim como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, de forma a amparar a antecipação dos efeitos da tutela concedida no juízo singular.

Justifica tal compreensão em especial por considerar sanados todos os problemas levantados pela Associação, exceto as trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação e a implantação de sistema de captação e de escoamento das águas pluviais, indicando como responsáveis pelo atraso destas obras a Prefeitura de Três Lagoas, a Sanesul e o Imasul.

Feita esta digressão acerca da situação experimentada pelas partes, passa-se à análise do mérito da questão propriamente dito, mas já se adianta que assiste em parte razão à agravante em relação às insurgências postas *sub judice*.

O art. 273 do CPC/1973, em seu *caput* e inciso I, estabelece que: "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*".

Da leitura do laudo de vistoria acostado às f. 211-244, percebe-se que os motivos que ensejaram o aparecimento de defeitos de construção nas áreas comuns do Condomínio Recanto das Palmeiras aparentemente decorrem de anomalias na construção, sendo recomendado que os reparos e obras sejam feitos com a máxima urgência, de modo a dar integral cumprimento às cláusulas contratuais firmadas entre as partes.

Este cenário indica que a inicial da ação originária veio instruída com documento, subscrito por engenheiro civil, apto a fundamentar a pretensão autoral e viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela em favor da agravada, em especial no que pertine aos seguintes pontos:

> *"1) reparação das trincas nos muros de fechamento do loteamento com altura de 2,20 m;*
>
> *2) reparação das trincas nos vãos das portas e janelas dos quiosques da área comum;*
>
> *3) reparação das trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação;*
>
> *4) realização da calçada da quadra 14 e seu respectivo jardim (área pertencente ao condomínio e sem entrega das benfeitorias);*
>
> *5) adequação das portas de saída de emergência em conformidade ao laudo do bombeiro (execução deve corresponder ao projeto entregue pela construtora)."*

Todos esses aspectos são de fácil solução para a construtora agravante e, levando-se em consideração que se tratam, a princípio, de vícios na construção que ensejam reparos e de má execução do projeto que implicou em algumas deficiências no empreendimento, ideia esta que foi corroborada através de prova pericial provisória que acompanha a inicial, verifica-se a presença da prova inequívoca, condutora da verossimilhança das alegações, robusta o suficiente para justificar a antecipação em parte dos efeitos da tutela.

Veja-se a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves[1] sobre a prova inequívoca, condutora da verossimilhança da alegação, imprescindível para a concessão de tutela antecipada:

> *"(...) Parece haver duas exigências diversas no requisito legal ora analisado: em primeiro lugar, deverá existir uma alegação de fato que aparentemente seja verdadeira, tomando-se por base para essa análise as máximas de experiência, ou seja, aquilo que costuma ocorrer. Em segundo lugar, se exigirá uma prova que corrobore a alegação que já parece ser verdadeira, sem que com isso seja exigida do autor uma produção probatória exaustiva que aproxime o máximo possível o juiz da verdade, (...).*
>
> *(...) além da alegação parecer verdadeira, deverá existir uma prova forte suficiente para confirmar, ao menos em cognição sumária a ser realizada pelo juiz, que aquela alegação fática parecer ser realmente verdadeira. (...)"*

Igualmente presente, no tocante aos vícios acima elencados, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que desde 2013 a obra deveria estar concluída a contento, o que não foi observado pela construtora até o presente momento, estando os moradores do Condomínio Jardim das Palmeiras, ao que parece, residindo em local que não apresenta as esperadas condições de habitabilidade e segurança, situação esta que inegavelmente pode lhes gerar prejuízos.

1 **Manual de direito processual civil**, 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1167.

Segundo o doutrinador[2] acima referido, ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação,

> *"(...) Aplica-se a esse requisito a máxima do tempo como inimigo, ou seja, o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva coloca em manifesto perigo a efetividade do resultado final do processo. Para afastar esse perigo, até porque justiça tardia e ineficaz é sinônimo de injustiça, antecipa-se a tutela em favor da parte que demonstrar a boa probabilidade de seu direito existir.*
>
> *(...) o risco de dano deve ser concreto, atual e grave, ou seja, deve ser iminente, provocar um sério prejuízo à parte e não decorrer de mero temor subjetivo, mas de dados concretamente demonstrados. (...)".*

A construtora agravante alega, aliás, que tais vícios (exceto os reparos das trincas na pavimentação asfáltica das vias de circulação) já se encontram devidamente solucionados, cabendo-lhe, assim, demonstrar o adequado cumprimento da obrigação nos autos originários, de modo a encerrar os debates correlatos, o que deve ser projetado para o juízo singular. Porém, mantida a decisão agravada que antecipa os efeitos da tutela para que a ré agravante promova, às suas expensas, das obras necessárias para solver os problemas, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de descumprimento.

No entanto, no que se refere à implantação de sistema de captação e de escoamento de águas pluviais, bem como da rede de coleta de esgoto doméstico, mostra-se necessária uma maior cautela, não sendo viável, por enquanto, que a antecipação dos efeitos da tutela também abranja estas questões. Explico.

Isto porque, na minuta recursal, a agravante sustenta que a licença prévia de loteamento foi expedida pelo Imasul, o que significaria dizer que o projeto de drenagem do loteamento aprovado pela Prefeitura de Três Lagoas foi superficial, salientando que quando da construção não havia rede subterrânea pública externa de captação de águas pluviais no bairro e na região, situação esta que ainda persiste.

Porém, aduz a recorrente que a Prefeitura de Três Lagoas teria realizado obras de implantação da rede pública de drenagem das águas pluviais no bairro Jardim Dourado, que contemplariam a questão atinente às águas pluviais provenientes do Condomínio Recanto das Palmeiras, tendo em vista que tal melhoria teria sido implementada há aproximadamente 200m (duzentos metros) da portaria do loteamento.

Destaca, ainda sobre o tema águas pluviais do loteamento, que as obras de implantação da referida rede pública de drenagem serão realizadas dentro em breve pela Prefeitura de Três Lagoas, através de financiamento contratado junto à Caixa Econômica Federal, através do contrato n. 01022748-81, publicado no Diário Oficial da União em 07 de janeiro de 2016.

No que diz respeito à implantação da rede de coleta de esgoto doméstico, assevera a agravante que as informações apresentadas na inicial da ação originária estariam desatualizadas, pois a SANESUL já teria recebido definitivamente a rede coletora de esgoto, através de termo de recebimento emitido em 23 de dezembro de 2015, e a respectiva estação elevatória de esgoto, tendo sido notificados os integrantes da Associação, inclusive, para que promovam a ligação domiciliar de esgoto à rede interna do loteamento, salientando que a responsabilidade da agravante se limitava à instalação da rede interna e de estação elevatória para a captação do esgoto, obrigação que indica que ter sido cumprida a contento.

Pelo acima transcrito, percebe-se que tais pormenores, ao menos em juízo de cognição sumária, não dependeriam exclusivamente da atuação da agravante para serem solvidos, embora assevere que as devidas providências já tenham sido adotadas juntos aos órgãos públicos responsáveis, o que revela a necessidade de viabilizar-lhe o exercício prévio do contraditório antes de qualquer pronunciamento de cunho meritório.

2 *Op. cit.*, p. 1168.

Por outro lado, não merece subsistir o óbice para antecipação da tutela visando a correção dos vícios da construção relacionados às trincas na pavimentação asfáltica, posto que estes eram justificados pela construtora como decorrência da ausência de funcionamento da estação elevatória de esgoto e do período intenso de chuvas verificado nos meses de janeiro e fevereiro.

Ora, uma vez afirmado na minuta recursal que a estação elevatória de esgoto está em pleno funcionamento, constando-se que o período indicado como sendo de chuvas intensas já foi superado, tenho que a antecipação dos efeitos da tutela correlata deve ser restabelecida, para que o problema verificado seja sanado.

Por fim, tenho que também se afigura inviável antecipar os efeitos da tutela no que pertine aos seguintes aspectos:

> *"1) realização da complementação do piso da quadra poliesportiva até o alambrado;*
>
> *2) adequação do sistema de irrigação da área verde;*
>
> *3) adequação do sistema de iluminação da praça."*

Isto porque tais aspectos da construção não implicam em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação apto a justificar a antecipação dos efeitos da tutela, tratando-se de questões que comportam aferição de atendimento ou de deficiência no decorrer da fase instrutória, destacando-se que a construtora alega já ter sanado tais irregularidades, o que poderá ser oportunamente comprovado no juízo *a quo*.

Em resumo: ao que tudo indica, boa parte das obras determinadas na tutela provisória já foi concluída pela agravada. Para algumas obras, no entanto, a tutela provisória é impossível: algumas porque depende de projetos de iniciativa de órgãos públicos; outras porque não há nenhum perigo de dano a comprometer a agravante.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para manter a antecipação da tutela concedida no juízo singular, exceto no que se refere à implantação da rede pública de drenagem das águas pluviais, da rede de coleta de esgoto doméstico, da realização da complementação do piso da quadra poliesportiva até o alambrado, bem como a adequação dos sistemas de irrigação da área verde e de iluminação da praça, postergando a apreciação do pedido de liminar atinente a tais aspectos para momento posterior ao exercício do contraditório nos autos originários. Comunique-se de imediato o juízo *a quo*, em especial pela alteração dos termos nos quais foi concedido o efeito suspensivo ativo parcial às f. 472-474.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0002198-18.2010.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PAI BIOLÓGICO – PATERNIDADE AFETIVA E DOCUMENTAL – FORTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A MENOR E O PAI REGISTRAL – APELO IMPROVIDO.

O vínculo socioafetivo da criança com o pai registral deve ser privilegiado a fim de atender o melhor interesse da criança, notadamente quando há instabilidade nos relacionamentos afetivos mantidos pela mãe, ora com o pai registral, ora com o pai biológico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por E. G. dos S., objetivando a reforma da sentença de f. 156-8 proferida pela Juíza da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, cujos pedidos visavam à anulação do registro civil da infante Y. R. O. da S. S. e à declaração de existência de vínculo de parentesco entre a infante e o apelante.

O apelante alega que por meio do exame de DNA restou comprovado que é o pai biológico da menor, razão pela qual *"deve ser reconhecido como pai de Y., alterando-se o registro de nascimento da infante para que conste como pai o apelante E. G. dos S., com a inclusão dos avós paternos"*.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 185-90, pugnando pelo não provimento do apelo, aduzindo que é o pai registral da criança e que, embora não seja o pai biológico da mesma, construiu uma paternidade socioafetiva com a menina.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 198-202, ofertou parecer pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 19/04/2016)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por E. G. dos S., objetivando a reforma da sentença de f. 156-8 proferida pela Juíza da 1.ª Vara da Comarca de Ivinhema, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, cujos pedidos visavam à anulação do registro civil da infante Y. R. O. da S. S. e à declaração de existência de vínculo de parentesco entre a infante e o apelante, afastada a paternidade registral de G. G. dos S.

O apelante alega que, por meio do exame de DNA, restou comprovado que é o pai biológico da menor, razão pela qual *"deve ser reconhecido como pai de Y., alterando-se o registro de nascimento da infante para que conste como pai o apelante E. G. dos S., com a inclusão dos avós paternos"*.

A sentença, a meu ver, não merece reparos.

Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n.º 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5.º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, sirvo-me de trechos que servem para embasar este voto:

> *"Versam os autos sobre anulação de registro civil e investigação de paternidade, nos quais ficou provado que o pai constante no registro de nascimento da criança não é seu pai biológico.*
>
> *Muito embora a comprovação da referida circunstância, o pai "legal" da criança se insurgiu contra a demanda, alegando que, independentemente da comprovação de vínculo sanguíneo, existe entre ele e a criança/requerente a relação pai-filha, tendo em vista que convive com a menor, que o tem e sempre o tivera como pai, sendo recíproco o sentimento.*
>
> *No decorrer do processo, foi provada a relação alegada pelo requerido G., pai "legal" da criança, através dos relatórios social e psicológico acostados aos autos.*
>
> *Embora a representante legal da requerente pretenda a anulação do registro civil da criança, verifico que tal pretensão não pode ser acolhida, pois, em interpretação aos princípios constitucionais e civis que abarcam o sistema jurídico brasileiro, para que ocorra a anulação de registro de nascimento é necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam, a ausência de origem biológica e a não constituição do estado de filiação.*
>
> *Esse, aliás, é o entendimento da jurisprudência:*

"DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 3. Recurso especial não provido". (STJ. Recurso Especial nº 1.059.214 - RS (2008/0111832-2) Relator : Ministro Luis Felipe Salomão).

"In casu, denotou-se, inclusive por este juízo durante as audiências de conciliação, que está caracterizada entre a requerente e o requerido G. a paternidade socioafetiva, construída dia a dia na convivência familiar.

Ademais, consta nos autos que o requerido E. sempre soube da paternidade biológica da autora, porém, pelo que se percebe, somente se interessou em assumir o vínculo com a criança após reatar o relacionamento com a genitora da autora.

A valer, pelo que se concluiu no relatório social, o que deu ensejo a propositura da ação foi o fato de que a genitora da criança e seu pai biológico "não conseguem conviver com os problemas pendentes da relação anterior e aceitar a paternidade que foi atribuída a G. da S. S. enquanto convivia com a genitora de Y."/autora (f. 65).

Ora, a genitora da criança não pode pretender, através da presente ação judicial, por motivos pessoais e até egoísticos, prejudicar direito da menor e de seu pai socioafetivo, a fim de resolver problemas que foram causados por suas atitudes um tanto quanto inconsequentes.

Além disso, pelos elementos que constam nos autos, a procedência da ação traria sérios danos à psique da criança, até porque não possui maturidade suficiente para optar (e entender) pela paternidade biológica ou socioafetiva -, o que poderá ocorrer oportunamente quando for capaz de compreender a situação de filiação em que se encontra.

Dessarte, Considerando que a impugnação da paternidade não pode ser procedente quando fundada apenas na origem genética, principalmente quando restar provada a paternidade socioafetiva, impõe-se o julgamento do presente pleito improcedente.

Dispositivo

Posto isso, com apoio no parecer ministerial, julgo improcedentes os pedidos formulados por Y. R. O. da S. S. e, por consequência, julgo extinto o processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil."

Verifica-se no presente caso, que não há razões para modificação do julgado, haja vista que não obstante o exame genético tenha concluído que o apelante E. é o genitor da menor, as provas carreada aos autos evidenciam a existência de paternidade socioafetiva entre a infante e o apelado G., que não pode ser afastada, até porque o interesse no desfazimento de tal vínculo não exsurgiu por conta da paternidade biológica, que já era anteriormente conhecida, mas por conta do pai biológico, que antes não reconhecera a paternidade, ter passado a conviver com a mãe da criança.

Nesse sentido, a doutrina de Luiz Eduardo Fachin:

> *"A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social".* (Fachin, Luiz Edson. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p.169).

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. 1.* ***O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretratável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. 3. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretratável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral.*** *Considerando que a instrução não trouxe qualquer elemento que corroborasse a tese de erro, ou outro vício qualquer de vontade, prevalece a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário de paternidade, que, no caso, corresponde a uma "adoção à brasileira". Precedentes. Negaram provimento. unânime."* (Apelação Cível Nº 70040743338, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011 - (Grifo nosso)

Logo, considerando que o reconhecimento de paternidade é um ato jurídico sério, de grandes repercussões, especialmente na vida do filho reconhecido, na hipótese dos autos o vínculo socioafetivo deve prevalecer em relação à verdade biológica, de forma a privilegiar o melhor interesse da criança e sua prioridade absoluta, razão pela qual deve ser mantida a sentença de improcedência.

Por tais razões, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento, acolhido o parecer ministerial.

A Sr. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Sérgio), após o relator (Des. Rasslan) e a 1ª vogal (Des. Tânia) negarem provimento.

VOTO (EM 26/04/2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por E. G. dos S., objetivando a reforma da sentença de fls. 156-8 proferida pela Juíza da 1.ª Vara da Comarca de Ivinhema, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, cujos pedidos visavam à anulação do registro civil da infante Y. R. O. da S. S.e à declaração de existência de vínculo de parentesco entre a menor e o apelante.

O apelante alega que por meio do exame de DNA restou comprovado que é o pai biológico da menor, razão pela qual "*deve ser reconhecido como pai de Y., alterando-se o registro de nascimento da infante para que conste como pai o apelante E. G. dos S., com a inclusão dos avós paternos*".

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 185-190, pugnando pelo não provimento do apelo, aduzindo que é o pai registral da criança e que, embora não seja o seu pai biológico, construiu uma paternidade socioafetiva com a menina.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 198-202, ofertou parecer pelo improvimento do recurso.

O Relator, Desembargador Marcelo Câmara Raslan, e a 1ª Vogal, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, negaram provimento ao recurso.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Acompanho os pares e nego provimento ao recurso.

De pronto, verifico, no presente caso, que não há razões para modificação da sentença, da lavra da juíza Cristiane Aparecida Biberg de Oliveira, pois, não obstante o exame genético tenha concluído que o apelante E. é o genitor da menor, as provas carreadas aos autos demonstram de forma inequívoca a existência de paternidade socioafetiva entre a criança e o apelado G., a qual, ao menos por ora, não pode ser afastada.

Com efeito, o desfazimento do vínculo com o pai natural não exsurgiu por conta da paternidade biológica, que já era anteriormente conhecida, mas em razão dele não ter reconhecido anteriormente a paternidade.

Nesse sentido, veja-se trecho da manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça que bem analisou a questão (fls. 198-202):

O apelante requer a reforma da sentença para o fim de julgar procedente o pedido inicial, reconhecendo-o como genitor da menor Y., alterando seu registro civil de nascimento, incluindo-se o seu nome como genitor e de seus pais como avós.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a mãe de Y., J., convivia em união estável com G., ora apelado, e, ao mesmo tempo mantinha relacionamento extraconjugal com o apelante E., quando então engravidou da infante.

Portanto, quando engravidou, J. convivia com G., o qual, na época, foi convencido de que era o genitor da filha que aquela esperava.

Consta, ainda, que G. conviveu com a criança que atualmente conta com três anos de idade até que ela completasse 1 (um) ano e 2 (dois) meses, quando, então, a genitora saiu de casa, abandonando o lar, para conviver com pai biológico de Y., o apelante E.

Desse convívio afetuoso com a criança, obviamente, instalou-se uma paternidade socioafetiva entre o apelado e Y., além da paternidade legal traduzida no registro de nascimento.

Tanto é verdade que no Relatório Social, a psicóloga consignou que:

> *"Diante das informações coletadas podemos perceber que de fato são fortes os vínculos afetivos paterno-filial entre G. da S. S. e Y. R. O. da S. S.. G. se posiciona no papel paterno desta criança mesmo diante do parecer de paternidade biológica negativa,*

> *pois, em seu simbolismo psíquico o que o vincula a Y. são seus laços afetivos e o amor e atenção que dedica à criança, tornando-se assim, socioafetivamente, pai desta criança."* (f. 99)

Ademais, a criança associa diretamente a figura paterna a Geniel.Veja-se:

> ***"Para Y., e seu simbolismo psíquico, desde tenra idade, a figura paterna está associada à G. da S. S., pois, em seus simbolismo psíquico, antes da chegada de E. G. S. e até os dias de hoje, seu pai é G. e família paterna são os familiares de G..*** *Porém com a chegada de E. G. S., Y. se viu forçada, diante desta nova situação de estar residindo em um novo núcleo familiar, a construir simbolicamente em sua psique a figura do pai E. (f. 99)*
>
> *(...)*
>
> ***Por outro lado, ainda, vê-se que o apelante sempre soube que era genitor da infante, contudo, somente agora que voltou a conviver com J., provavelmente por problemas de conflitos pessoais, resolveu exercer sua paternidade biológica, o que de fato, não afasta a paternidade socioafetiva sempre exercida pelo apelado, o qual, frise-se, fez questão de reconhecer.***
>
> ***Ademais, insta salientar que a genitora da criança vive de relacionamentos instáveis, sendo que quando convivia com G., tinha um caso com Eduardo e vice-versa. Assim, deve-se considerar a probabilidade de J. envolver-se com terceira pessoa ou mesmo retomar seu relacionamento com G., não sendo prudente, portanto, alterar o registro civil da criança****."* (destaquei)

Assim, ainda que o pai biológico seja outro, não há falar em cancelamento ou anulação do registro civil da criança, sobremodo quando aquele que possui vínculo afetivo com a menor registrou-a civilmente como sua filha.

Ante o exposto, acompanho os pares e nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0032278-27.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – APREENSÃO DE MERCADORIAS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – PROTOCOLO CONFAZ N.º 21/2011 E DECRETO N.º 13.162/2011 – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – IMPOSSIBILIDADE – ISENÇÃO ESTABELECIDA PELO ART. 24, I, DA LEI ESTADUAL N.º 3.779/2009 – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Não há falar em carência da ação declaratória sob a alegação de que foi proposta contra lei em tese ou com efeito normativo futuros, uma vez que o Decreto Estadual n.º 13.162, de 27.04.2011, estabelece obrigações concretas e imediatas, o que viabiliza, em tese, a propositura da presente demanda.

Com a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 4628 MC/DF, do Protocolo CONFAZ n.º 21/2011, impõe-se reconhecer a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, para as operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou *showroom*.

Consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Segundo o artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n.º 3.779/2009 (Regimento de Custas do Poder Judiciário Estadual), a Fazenda Pública Estadual é isenta de custas processuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica, ajuizada por North Air Instalação e Projetos Ltda, e tornou definitiva a liminar que determinou a liberação de mercadorias apreendidas, independentemente de qualquer espécie de pagamento de impostos ou taxas.

Alega preliminar de carência de ação, pois a pretensão da apelada é extirpar do ordenamento jurídico a norma contida no Protocolo ICMS Confaz n.º 21/2011 e, por conseguinte, do Decreto Estadual n.º 13.162/2011, de forma que estes nunca mais surtam qualquer efeito, pretéritos ou futuros. Contudo, para tal ato, a ação específica é a ação direta de inconstitucionalidade, sendo que a demandante sequer possui legitimidade para tanto.

No mérito, diz que o Decreto Estadual n.º 13.162/2011, fora editado com base no Protocolo de ICMS/CONFAZ n.º 21/2011, tendo a legislação estadual, portanto, regular e legítimo suporte.

Aduz que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, já que a própria Constituição Federal autoriza ao ente tributante instituir e cobrar os tributos de sua competência, bem como legislar sobre o que seja a ele relativo.

Afirma que o Estado de Mato Grosso do Sul, no uso de suas prerrogativas de autonomia e autogestão, houve por bem abster-se da realidade formal e apegar-se na realidade fática tributável, de modo que firmou-se que a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, aqui deve ser tributado, no mínimo, como contribuinte de imposto eventual (art. 248, do RICMS, combinado com o art. 5.º, I, e o art. 84, I, § 1.º, ambos do CTE).

Pede o provimento do recurso, com consequente reforma da sentença.

Alternativamente, pede a exclusão da condenação ao pagamento das custas processuais.

Contrarrazões às f. 246-67, pela manutenção da sentença e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que julgou procedente a presente ação declaratória de inexistência de relação jurídica, ajuizada por North Air Instalação e Projetos Ltda, consistente em tornar definitiva a liminar que determinou a liberação de mercadorias apreendidas, independentemente de qualquer espécie de pagamento de impostos ou taxas.

Alega preliminar de carência de ação, pois a pretensão da apelada é extirpar do ordenamento jurídico a norma contida no Protocolo ICMS Confaz n.º 21/2011 e, por conseguinte, do Decreto Estadual n.º 13.162/2011, de forma que estes nunca mais surtam qualquer efeito, pretéritos ou futuros. Contudo, para tal ato, a ação específica é a ação direta de inconstitucionalidade, sendo que a demandante sequer possui legitimidade para tanto.

No mérito, diz que o Decreto Estadual n.º 13.162/2011, fora editado com base no Protocolo de ICMS/CONFAZ n.º 21/2011, tendo, portanto, a legislação estadual, regular e legítimo suporte.

Aduz que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, já que a própria Constituição Federal autoriza ao ente tributante instituir e cobrar os tributos de sua competência, bem como legislar sobre o que seja relativo a ele.

Afirma que o Estado de Mato Grosso do Sul, no uso de suas prerrogativas de autonomia e autogestão, houve por bem abster-se da realidade formal, e apegar-se na realidade fática tributável, de modo que firmou-se que a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, aqui deve ser tributado, no mínimo, como contribuinte de imposto eventual (art. 248, do RICMS, c/c o art. 5.º, I, e o art. 84, I, § 1.º, ambos do CTE).

Diz, ainda, que a liminar conferida na ADI n.º 4628 não impede que os Estados signatários do Protocolo CONFAZ n. 21 exerçam seu poder de fiscalização, com vistas a apurar os créditos tributários, em especial para fins de obstar a configuração da decadência. Além disso, a referida liminar teria sido concedida com efeito *ex nunc.*

A preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido e por falta de interesse de agir, não merece prosperar, pois, a pretensão da empresa autora, como bem afirmado na sentença, *"não é a declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, do Protocolo ICMS CONFAZ n. 21/2011 ou do Decreto Estadual n. 13.162/11, mas sim a apreciação da constitucionalidade destes diplomas como questão prejudicial, em sede de controle difuso de constitucionalidade, para o fim de obstar a cobrança de ICMS no caso em apreço."* (f. 170).

De fato, não sendo pretendida a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, não há falar em carência da ação.

No que tange ao mérito, a questão refere-se a aplicação do Decreto Estadual n.º 13.162/2011, oriundo do Protocolo CONFAZ n.º 21/2011, que versa sobre a tributação por ICMS de operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou *showroom*, instituído com o fim de fomentar a arrecadação do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul e nos demais Estados da Federação.

Sobre o tema, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1600137-83.2012.8.12.0000, o Órgão Especial desta Corte reconheceu a constitucionalidade do protocolo CONFAZ n.º 21/20111, que deu origem ao Decreto Estadual n.º 13.162/2011.

Contudo, em 19 de fevereiro de 2014, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida cautelar com efeito *ex tunc* nos autos ADI 4628 ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo contra o Protocolo ICMS 21/2011 do CONFAZ, suspendendo a sua aplicação.

Posteriormente, no dia 21 de fevereiro de 2014 o Ministro Luiz Fux retificou a parte dispositiva da decisão, para emprestar efeitos *ex nunc* à liminar que suspendeu o Protocolo n.º 21, do CONFAZ.

E em de 17 de setembro de 2014, o plenário do STF julgou o mérito da ADI 4628/DF, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade do Protocolo n.º 21 do CONFAZ.

Assim, diante do novo cenário adotado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se em reconhecer a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, baseados no Protocolo CONFAZ n.º 21/2011 e Decreto Estadual n.º 13.162/2011, de toda e qualquer tributação do ICMS nas operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou *showroom*.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, por entender que é ilegítima a manutenção da apreensão de mercadorias após a lavratura do respectivo auto de infração e imposição de multa, editou a Súmula n.º 323, cujo enunciado relata que *"é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*.

Além disso, é cediço que a apreensão de mercadorias somente se justifica quando a autoria da infração ainda não foi identificada; quando se tratar de crime de contrabando ou descaminho ou quando for impossível determinar o destinatário das mercadorias, o que não é o caso dos autos.

Portanto, trata-se de ato ilegal e abusivo a manutenção da constrição sobre as mercadorias, como meio coercitivo para a cobrança de tributo, devendo a retenção cingir-se apenas ao tempo suficiente e necessário para a materialização do crédito tributário, até porque a Fazenda Pública poderá cobrar seus créditos por meio de execução fiscal, não possuindo autorização para apreender, reter e leiloar mercadorias para receber imposto/taxas.

Sobre o tema, vejamos julgados desta Corte:

> *"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRETENSÃO DEDUZIDA CONTRA LEI EM TESE E EFEITOS NORMATIVOS FUTUROS. REJEITADA. MÉRITO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. ICMS. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL. PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011 E DECRETO N. 13.162/2011. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *(...). Consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitível para pagamento e tributos."* (TJMS; RN 0829183-19.2013.8.12.0001; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Machado Rocha; DJMS 09/03/2016; p. 8).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIA. REDES, TAPETES E COBERTORES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos", Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal. Resta patente a ilegalidade do ato praticado pelo agravante, que apreendeu as mercadorias comercializadas pelo impetrante/agravado, condicionando a liberação à apresentação de notas fiscais e licença. Recurso conhecido e improvido. Decisão mantida."* (TJMS; AI 1409292-92.2015.8.12.0000; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Dorival Renato Pavan; DJMS 29/10/2015; p. 27).
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO REJEITADA. PROCOTOLO 21/2011 CONFAZ. VENDA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. APREENSÃO DE MERCADORIA. MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO. SÚMULA Nº 323 DO STF. É de rigor a rejeição da preliminar de ausência de condição da ação quando presentes a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Diante do acolhimento do pedido na ADI 4628/STF, que declarou a inconstitucionalidade do Protocolo 21/2011 Confaz, deve haver abstenção de exigência do recolhimento do ICMS fundamentado neste. É inadmissível a apreensão de qualquer mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributo, conforme Súmula nº 323 do STF. Ordem concedida."* (TJMS; MS 1408989-15.2014.8.12.0000; Terceira Seção Cível; Rel. Des. Vilson Bertelli; DJMS 24/02/2015; p. 37).

Sendo assim, em conformidade com a orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, conheço da remessa necessária, nego-lhe provimento e mantenho a sentença em sua integralidade.

Outrossim, no que tange a condenação do apelante ao pagamento das custas processuais assiste razão ao apelante.

O artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n.º 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. Como se denota, o apelante faz parte do rol das entidades beneficiadas com a isenção, razão pela qual é vedada sua condenação ao pagamento das custas processuais. Nessa esteira já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO FISCAL – CONSTRIÇÃO DE BEM TRANSFERIDO TERCEIRO – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO – DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA – CONDENAÇÃO DA FAZENDA EM CUSTAS – IMPOSSIBILIDADE – ISENÇÃO ESTABELECIDA NA LEI 3.779/2009 – HONORÁRIOS – DEVIDOS – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA AO DA EVENTUALIDADE – RESISTÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A fazenda pública goza de isenção de custas e de taxa judiciária, por força de lei." (Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Apelação - Nº 0000368-53.2002.8.12.0026, 5ª Câmara Cível, 4 de abril de 2013) "(...) V- A Fazenda Pública Estadual é isenta do pagamento das custas processuais, conforme o artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual)."* (Apelação / Reexame Necessário - Nº 0060328-97.2011.8.12.0001, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Câmara Cível, j., 18 de setembro de 2014).

Ante o exposto, conheço dos recursos, rejeito a preliminar e, no mérito, dou-lhes parcial provimento tão somente para afastar a condenação do apelante ao pagamento das custas processuais, ante a isenção conferida pelo artigo 24, da Lei Estadual n.º 3.779/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801011-64.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AÇÃO POPULAR – LEI MUNICIPAL N.º 3.455/2011 – PEDIDO DE NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SOB FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI – INSTITUIÇÃO DE VERBA DE PRETENSO CARÁTER INDENIZATÓRIO – LEI DE EFEITO CONCRETO – SENTENÇA FUNDADA NA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E AUSÊNCIA DE INTERESSE LEGÍTIMO – INSUBSISTÊNCIA – TEORIA DA CAUSA MADURA – DESRESPEITO AOS PRECEITOS INSCULPIDOS NOS ARTIGOS 37, *CAPUT*, XXI, E 39, § 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESERVA DE PLENÁRIO DESNECESSÁRIA – QUESTÃO JÁ DIRIMIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE.

A ação popular se presta à defesa do erário e, *in casu*, embora pleiteada a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal que instituiu a verba guerreada, tal pedido se dá de forma incidental, sujeito ao controle difuso e, sobretudo, como etapa precedente e indispensável à análise do pedido principal, qual seja, a eventual invalidação dos atos administrativos que lesam aos cofres públicos. Adequada, pois, a via utilizada.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deve ser objeto de submissão ao Órgão Especial, que a decidirá pela maioria absoluta de seus membros, dada a reserva de plenário insculpida no art. 97, da Constituição da República, e a aplicabilidade da Súmula Vinculante n.º 10, do STF, salvo quando dito órgão já houver se pronunciado sobre a questão, hipótese dos autos.

Se a causa está pronta para o julgamento, trata unicamente de questão de direito, e se decide que a sentença que a extinguiu sem solução de mérito é insubsistente, o órgão julgador deve, desde logo, julgar o mérito, sem que se caracterize supressão de instância.

Verbas ditas de caráter indenizatório, pagas a edis em razão de lei municipal flagrantemente inconstitucional, são indevidas, e em razão da ilegalidade de sua instituição, se recebidas caracterizam-se como dano ao erário e devem ser ressarcidas aos cofres municipais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular o julgado e julgaram procedente a ação popular, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Daniel Ribas da Cunha inconformado com a sentença (f. 158-76) que julgou extinta a ação popular proposta em face do Município de Dourados, Câmara Municipal de Dourados, e Alberto Alves dos Santos, Albino Mendes, Aparecido Medeiros da Silva, Délia Godoy Razuk, Dirceu Aparecido Longhi, Elias Ishy de Mattos, Gino José Ferreira, Idenor Machado, Juarez de Oliveira, Jucemar Almeida Arnal, Pedro Alves de Lima e Walter Ribeiro Hora, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, interpõe apelação.

A referida ação tem por objetivo o ressarcimento aos cofres públicos dos valores pagos aos vereadores da época, supra nominados, a título de indenização por despesas havidas no exercício do mandato, com a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3455/2011.

Em razões recursais (f. 231-248) sustenta que a lei em discussão não se trata de lei em tese, mas lei de efeitos concretos. o que admite a propositura de ação popular. Pede a anulação da sentença a fim de que seja analisado o mérito, ou a sua reforma, a fim de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3455/2011, para o que defende a aplicação da "teoria da causa madura" a fim de que a demanda seja julgada em segunda instância.

A Câmara Municipal de Dourados apresentou contrarrazões às f. 264-7 pugnando pela manutenção da sentença.

O Município de Dourados não apresentou contrarrazões conforme certidão de f. 268.

Os vereadores também deixaram de oferecer contrarrazões, conquanto isto não tenha sido certificado, mas certo é que foram para tanto intimados na pessoa da advogada comum Janaína Prescinato Miranda Martins de Aaraújo (f. 261)

O Ministério Público, em parecer de primeiro e segundo grau (f. 270-80 e 290-305) opina pela reforma da sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, para o fim de ser promovido o julgamento da lide por esse. E. Tribunal, com base na teoria da causa madura, com a consequente procedência da ação popular.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme relatado, Daniel Ribas da Cunha inconformado com a sentença (f. 158-76) que julgou extinta a ação popular interposta em face do Município de Dourados e Câmara Municipal de Dourados, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, interpõe apelação.

Em razões recursais (f. 231-48) sustenta que a lei em discussão não se trata de lei em tese, mas lei de efeitos concretos o que admite a propositura de ação popular. Pede a anulação da sentença a fim de que seja analisado o mérito, ou a sua reforma, a fim de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3455/2011, para o que defende a aplicação da "teoria da causa madura" a fim de que a demanda seja julgada em segunda instância.

A Câmara Municipal de Dourados apresentou contrarrazões às f. 264-7, pugnando a manutenção da sentença.

O Município de Dourados não apresentou contrarrazões conforme certidão de f. 268.

Os vereadores também deixaram de oferecer contrarrazões, conquanto isto não tenha sido certificado, mas certo é que foram para tanto intimados na pessoa da advogada comum Janaína Prescinato Miranda Martins de Araújo (f. 261).

O Ministério Público, em parecer de primeiro e segundo graus (f. 270-80 e 290-305), opina pela reforma da sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, para o fim de ser promovido o julgamento da lide por esse Tribunal, com base na teoria da causa madura, com a consequente procedência da ação popular.

O feito também está sujeito ao reexame necessário.

Passo a analisar o recurso voluntário e a remessa necessária conjuntamente.

O primeiro ponto a ser analisado é sobre a adequação ou não da via eleita para formulação do pedido do autor, ou seja, se a declaração de nulidade de atos administrativos da Câmara de Vereadores de Dourados, ordenatórios de pagamentos de vantagens aos vereadores, com consequente condenação destes ao ressarcimento devido dos valores aos cofres públicos em razão de alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal nas quais tais atos se fundaram, pode ou não ser buscado via da ação popular.

Dispõe o artigo 5.º, inciso LXXIII, da Constituição Federal:

> *"Artigo 5.º. 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: (...)*
>
> *LXXIII - **qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (...)"* (destaquei).

Estabelece o artigo 1.º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, *verbis*:

> *"Art. 1.º. **Qualquer cidadão será parte legítima** para **pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio** da União, do Distrito Federal, dos Estados, **dos Municípios**, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos."* (destaquei).

Sobre o tema, discorre Teori Albino Zavascki, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal:

> *"O sistema misto de controle de constitucionalidade, entre nós adotado, permite que a legitimidade dos preceitos normativos possa ser controlada, simultaneamente, por via incidental (controle, portanto, em concreto e difuso) e por via de ação direta, cuja competência para o julgamento é concentrada no Supremo Tribunal Federal, ou, se for o caso, nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e cuja iniciativa é atribuição restrita de entes específicos. No primeiro caso, o exame da constitucionalidade é efetuado como fundamento para a realização do juízo de certeza da relação jurídica,*

> *e, como tal, sua força vinculante se limita ao âmbito do próprio caso concreto. Já no segundo caso, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma representa o próprio objeto do pedido, o que significa que o juízo de mérito importa o reconhecimento da sua validade ou da invalidação com eficácia subjetiva universal (erga omnes) e efeito vinculante também universal.*
>
> ***Também nas ações civis públicas, nas ações populares e nas ações coletivas, conforme antes explicitado, a norma jurídica compõe não o objeto, mas o fundamento da decisão. Não há empecilho algum a que, nesses limites, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja incidentalmente averiguada, aferindo-se a aptidão ou não da norma para operar a incidência sobre os fatos e para produzir os correspondentes efeitos jurídicos. Tal investigação é típica do controle difuso de constitucionalidade, que pode e deve ser efetuada por qualquer juiz, em qualquer processo, mesmo de ofício."*** (Processo Coletivo, 4.ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 232-3 - destaquei).

Extrai-se da leitura da Lei Municipal n.º 3.455/2011, do Município de Dourados, que esta instituiu verba indenizatória destinada ao ressarcimento das despesas relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, no valor mensal definido em resolução da Câmara Municipal, demonstrando assim tratar-se de lei de efeitos concretos.

Ressalta-se que a ação popular se presta à defesa do erário e, *in casu*, embora pleiteada a declaração de inconstitucionalidade da referida lei, o pedido se dá de forma incidental, por meio do controle difuso e, sobretudo, como etapa precedente e indispensável ao deferimento do pedido principal, qual seja, a invalidação dos atos administrativos que lesam aos cofres públicos.

Não se confunde o pleito formulado pelo autor da ação popular com a pretensão de controle concentrado de constitucionalidade, mas como efetivo ato de cidadania em defesa do patrimônio público, em razão de pagamentos indevidos porque embasados em lei cuja inconstitucionalidade é pleiteada incidentalmente.

Assim, a ação popular não tem como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade de lei, mas este vício serve como fundamento da pretensão externada em Juízo, estando presente o requisito da lesividade de maneira implícita na inconstitucionalidade da lei que tem efeitos concretos, sendo assim adequada a via utilizada.

Aliás, o julgado do STJ utilizado para fundamentar a sentença (REsp n.º 776.848/RJ), ali parece ter sido posto de forma equivocada, ou, pelo menos, com trecho pinçado que não reflete, absolutamente, a solução encontrada.

O dito recurso especial, interposto pelo Município de Resende (RJ), visava desconstituir decisão judicial que, em ação popular, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de decreto de efeitos concretos e determinou a devolução de valores cobrados a título de taxa de iluminação pública.

Na própria ementa do dito recurso constou, expressamente:

> *"7. Neste sentido, é a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, litteris: "O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público. (...)* ***Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos****, isto é,* ***aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação****, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie.* ***Tais leis ó o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra ´a lei em tese"***. (destaquei).

Claro, naquele julgado, que dois são os tipos de lei: uma, de efeitos concretos, contra a qual pode ser utilizada a via mandamental ou da ação popular porque geram, por si, danos ao direito individual (via mandamental), ou ao erário (ação popular); outro, que não tem efeitos concretos e, portanto, só podem ter a inconstitucionalidade declarada pela via concentrada.

Sobre a utilização da ação popular como instrumento de controle difuso-incidental de constitucionalidade, Dirley da Cunha Júnior ensina:

> *"O objeto da ação popular é todo ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio público e cultural. Esse ato lesivo deve ser compreendido a abranger, além das ações, também as omissões do poder público lesivas àqueles bens e valores jurídicos. A esse respeito, a própria Lei nº 4.717/655 dispôs acerca das omissões, quando incluiu entre os possíveis réus da ação popular as autoridades, servidores ou administradores que "por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão".*
>
> ***"É indubitável, portanto, a idoneidade da ação popular para provocar o controle incidental de constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público, quando lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa**, ao meio ambiente ao patrimônio histórico e cultural. **Na primeira hipótese, o juiz declara incidentalmente a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do poder público, solucionando a controvérsia com a invalidação (nulidade ou anulabilidade) do ato concreto lesivo e expedido com base naquela lei ou naquele ato normativo inconstitucional, condenando os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele ao pagamento de perdas e danos**; na segunda hipótese, o juiz supre a omissão inconstitucional, desatando o litigio com a condenação das autoridades omissas numa obrigação de fazer consistente na prevenção ou reparação da lesão. A sentença proferida na ação popular fará coisa julgada erga omnes, exceto na hipótese de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, caso em que qualquer cidadão poderá propor outra ação, com idêntico fundamento, assentada em novas provas (LAP, art. 18)."* (Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 102-3. – destaquei).

É exatamente o que se dá no caso.

O apelante informou, na petição inicial, que havia danos ao erário por força de pagamentos efetuados com base em lei de efeitos concretos, que seria inconstitucional.

Não se trata, efetivamente, de lei em tese.

Não se dirige a todos, mas apenas aos vereadores douradenses.

Só atribui vantagens e direitos aos mesmos, e nela própria são estatuídas, inclusive em valores, as vantagens e direitos.

Destarte, plenamente possível que ela possa ter a sua constitucionalidade contestada, como fundamento do pedido ressarcitório, e a eventual declaração de sua inconstitucionalidade só terá efeito para os casos concretos que, com base nela, tenham sido praticados, restritos a um grupo específico de beneficiados.

Por tais razões, está evidenciada a adequação da via eleita, porque se pretende o ressarcimento ao erário de valores pagos com base em lei de efeitos concretos que seria inconstitucional, sendo disto decorrente, de igual forma, o interesse processual do autor.

A insubsistência da sentença, com sua anulação, é medida que se impõe, e dou provimento ao recurso para tal fim, nesta parte.

Quanto à possibilidade desta Câmara decidir, desde logo, o mérito da dita ação ante o que dispunha o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil[1], chamada de teoria da causa madura, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> *"Em princípio, o tribunal não deve avançar no exame de temas não decididos ainda em primeiro grau, já que se supõe, normalmente, que isso violaria o princípio do duplo grau de jurisdição. Essa ideia, todavia, vem cedendo espaço e conta com duas importantes exceções postas no regime da apelação. (...) Isto porque, em tal situação, o retorno dos autos ao primeiro grau (para a prolação de nova sentença, que seria ulteriormente reapreciada pelo tribunal) importará em simples alongamento desnecessário da tramitação processual, já que a decisão a prevalecer será sempre, por óbvio, a do tribunal que venha a revisar essa nova decisão."* (Curso de Processo Civil, vol. 2. 6.ª ed., Revista dos Tribunais, 2007, p.526).

O Novo Código de Processo Civil também disciplinou a matéria, como se verifica de seu art. 1.013, § 3.º, I, da mesma forma, permitindo, assim, a aplicação da chamada teoria da causa madura.

Daniel Amorim Assumpção Neves explicita que

> *"Para que seja aplicada a teoria da causa madura nos termos do art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, o processo deve estar em condições de imediato julgamento. Nesse caso, sendo anulada a sentença terminativa, poderá o tribunal passar ao julgamento originário do mérito da ação.*
>
> *(...)*
>
> *É possível nesse caso se fazer uma analogia com o art. 355 do Novo CPC, ou seja, sendo hipótese de julgamento do mérito, o tribunal poderá aplicar o art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, sendo irrelevante se a demanda versa sobre questões apenas de direito ou também de fato. Não havendo provas a serem produzidas – porque são desnecessárias ou já foram produzidas -, a causa estará " madura" para julgamento, cabendo ao tribunal julgar imediatamente o mérito da demanda.*
>
> *(...)*
>
> *Havendo qualquer outro ato a ser praticado antes da prolação da nova decisão, o tribunal deverá devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição."* (Manual de Direito Processual Civil. 8.ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1552-3).

Este é o caso dos autos, porque a anulação da sentença permite o imediato julgamento de mérito.

Primeiro, porque o fundamento que alicerça o pedido originário é estritamente de direito: inconstitucionalidade de lei. O dano ao erário teria decorrido do recebimento indevido de indenizações instituídas por lei inconstitucional.

Segundo, porque garantido e utilizado pelas partes o contraditório e seguido o devido processo legal, até mesmo com a apresentação de parecer ministerial sobre a matéria junto ao Juízo de origem.

Por fim, porque desnecessária a produção de qualquer outra prova, ou de qualquer outro ato judicial, senão a sentença.

Para que não se afirme a ocorrência de qualquer nulidade quanto ao julgamento de mérito que deve ser realizado neste caso, dada a anulação da sentença e a desnecessidade de qualquer outro ato processual

1 Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

a ser praticado no Juízo de origem, insta ressaltar que, em se tratando de solução dependente de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal, haveria de ser respeitada e obedecida a cláusula de reserva de plenário, insculpida no art. 97, da Constituição da República, *verbis*:

> *"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."*

O Supremo Tribunal Federal deixou claro que os órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras, seções), devem obediência à cláusula de reserva de plenário, ao editar a Súmula Vinculante n.º 10, nos seguintes termos:

> *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte."*

No caso e à primeira vista, haveria de ser arguida a inconstitucionalidade da lei que fundamentou os pagamentos ditos indevidos perante o Órgão Especial desta Corte e, se acolhida, prosseguir-se o julgamento de mérito da presente.

O Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 480 e seguintes, disciplinava o procedimento da arguição. Dele se verifica que, conforme o art. 480, parágrafo único, *"Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao Órgão Especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"*.

O Novo Código de Processo Civil, ao disciplinar o mesmo procedimento em seus artigos 948 e seguintes, também assentou no parágrafo único do artigo 949, que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao Órgão Especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, sem modificar sequer uma vírgula do texto anterior.

Daí porque, conforme anotado por José Miguel Garcia Medina ao comentar o art. 97, da Constituição da República, e citando julgado do próprio STF:

> *"Não há reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) à aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte. Ademais, não é necessária a identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte."* (STF , AgIn 607.616-AgRg, rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 31.08.2010)[2].

Firmadas tais premissas, apropriado que se demonstre que a Lei Municipal n.º 3.455/ de 22 de junho de 2011, do Município de Dourados, cuja inconstitucionalidade se pretende declarar incidentalmente como fundamento do pedido da ação popular, trata de questão já analisada pelo Órgão Especial desta Corte.

Dita lei é, praticamente, cópia fiel da Lei Municipal n.º 918/2010, de Ribas do Rio Pardo, que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Órgão Especial desta Corte (Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1600005-91.2013.8.12.0000).

Vejam-se as disposições de ambas, comparativamente, com destaque às verbas que já se afirmou serem indevidas, por inconstitucionais, pelo Órgão Especial desta Corte:

2 **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.367.

Lei n.º 918/2010, de Ribas do Rio Pardo	Lei n.º 3.455/2011, de Dourados
Art. 1° Fica instituída "verba de caráter indenizatório destinadas ao custeio do pronto atendimento para o exercício das atividades parlamentares lato sensu" com a finalidade exclusivamente de proceder ao ressarcimento das despesas de caráter eventual que o parlamentar deva suportar em razão do desempenho do exercício do mandato parlamentar, cujo dispêndio e aplicação obedecerá as normas estabelecidas nesta lei e em regulamento. Parágrafo único: O uso da verba instituída será pela forma de ressarcimento de despesas efetivamente realizadas, ficando vedada a sua entrega direta ao vereador solicitante. Art. 2° O valor da verba tratada no artigo 1° será de no máximo R$ 3.000,00 (três mil reais), por mês para a legislatura de 2010. Art. 3° Poderá ser criada uma Comissão de Controle Interno para a fiscalização do uso da verba referida nesta lei, ou a própria Mesa Diretora o fará através dos órgãos próprios que compõem a estrutura administrativa da Câmara Municipal. Parágrafo único A Comissão de Controle Interno ou o Órgão administrativo designado pela Mesa Diretora terá atribuições de auditoria, podendo promover verificações, conferências, glosas e demais providências pertinentes para o regular processamento da documentação comprobatória apresentada. Art. 4° O ressarcimento das despesas relacionadas com o exercício da atividade parlamentar será efetivado mediante solicitação formulada pelo vereador, dirigida à Mesa Diretora, instruída com a necessária documentação fiscal comprobatória da despesa. Art. 5° Somente serão ressarcidas as despesas efetivamente pagas pelo parlamentar e relativas a: I - imóveis e utensílios utilizados exclusivamente como escritório de apoio ao exercício da atividade parlamentar,	Art. 1º - Fica instituída verba indenizatória do exercício parlamentar, destinada exclusivamente ao ressarcimento das despesas relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, no valor mensal definido em resolução. Art. 2º - As despesas relacionadas com o exercício parlamentar serão efetivadas mediante solicitação formulada pelo Vereador, dirigida ao Diretor Financeiro, que efetuará o adiantamento até o dia 20 (vinte) de cada mês. Parágrafo único – O Diretor Financeiro tem a atribuição de auditoria, podendo promover verificações, conferências, glosas e demais providências pertinentes para o regular processamento da documentação comprobatória apresentada, até o dia 20 (vinte) do mês subsequente. Art. 3º - Somente serão admitidas as despesas efetivamente pagas pelo parlamentar e relativas a: I – imóveis e utensílios utilizados exclusivamente como escritório de apoio ao exercício da atividade parlamentar, compreendendo estritamente gastos com aluguel, taxas condominiais, IPTU, Taxas de Bombeiros, água, telefone fixo ou móvel e energia elétrica; II – locomoção do parlamentar e viagens de assessores parlamentares vinculados ao gabinete do parlamentar, compreendendo passagens, hospedagem e locação de meios de transporte; III – combustíveis e lubrificantes, até o limite mensal e forma que vier a ser estabelecido por meio de Resolução; IV – contratação, para fins de apoio à atividade parlamentar, de consultoria, assessorias, pesquisas e trabalhos técnicos de pessoa jurídica, até o limite mensal que vier a ser estabelecido por meio de Resolução; V – divulgação da atividade parlamentar, exceto nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data das eleições de âmbito federal, estadual e municipal e desde que não caracterize gastos com

compreendendo estritamente gastos com aluguel, taxas condominiais, IPTU, Taxas de Bombeiros, água, telefone fixo ou móvel e energia elétrica;

II - combustíveis e lubrificantes, até o limite mensal e forma quer vier a ser estabelecido por meio de ato próprio do Poder Legislativo;

III - contratação, para fins de apoio à atividade parlamentar, de consultorias, assessorias, pesquisas e trabalhos técnicos de pessoas jurídica, até o limite mensal que vier a ser estabelecido por meio de ato próprio do Poder Legislativo;

IV - divulgação da atividade parlamentar, exceto nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data das eleições de âmbito federal, estadual e municipal e desde que não caracterize gastos com campanhas eleitorais e nem exceda o limite que vier a ser estabelecido em Resolução;

V - aquisição de material de expediente não fornecido pela Câmara Municipal;

VI - aquisição ou locação de software, serviços postais, assinaturas de jornais, revistas e publicações, TV a cabo ou similar, acesso à internet e locação de veículos, móveis equipamentos, desde que não fornecidos pela Câmara Municipal;

VII - alimentação exclusiva do pessoal do gabinete, quando realizados no cumprimento do dever funcional;

VIII - contratação de empresa especializada para produção de vídeos ou documentários para utilização na TV, em Telões ou reuniões comunitárias, vedado o uso em campanha ou propaganda eleitoral;

IX - peças e acessórios necessários para conserto e manutenção corretiva para veículos utilizados a serviço do gabinete do parlamentar;

X - cópias reprográficas, encadernações, etc..., de documentos de interesse do gabinete, e não fornecidos pelo serviço da Câmara Municipal;

XII - edição de jornais, livros, revistas e impressos gráficos para o consumo do gabinete;

campanhas eleitorais e nem exceda ao limite que vier a ser estabelecido em Resolução;

VI – aquisição ou locação de software, serviços postais, assinaturas de jornais revistas e publicações, TV a cabo ou similar, acesso à internet e locação de veículos, móveis e equipamentos;

VII – alimentação, exclusivamente em nome do Vereador, não podendo exceder ao valor que vier a ser estabelecido em Resolução;

VIII – contratação de empresa especializada para produção de vídeos ou documentários para utilização na TV, em Telões ou reuniões comunitárias, vedado o uso em campanha ou propaganda eleitoral;

IX - peças e acessórios para veículos a serviço do gabinete do parlamentar tais como baterias, pneus, câmaras de ar, válvulas, entre outras;

X – cópias heliográficas de documentos de interesse do gabinete;

XI – edição de jornais, livros, revistas e impressos gráficos para consumo do gabinete;

XII – portes de correspondência, registros postais, aéreos, telegramas e radiogramas;

XIII – despesas com telefone móvel em nome do parlamentar, ou fixo caso instalado no gabinete ou no escritório do Vereador.

§ 1º - Não se admitirão gastos com propaganda eleitoral de qualquer espécie.

§ 2° - Serão glosadas as despesas de pagamento realizado à pessoa física, salvo nas hipóteses prevista nos incisos I e II do caput.

§ 3° - Os imóveis mencionados no inciso l deverão ser previamente cadastrados junto à Diretoria financeira, mediante apresentação de cópia autenticada da escritura pública, quando se tratar de imóvel de propriedade do parlamentar, ou do contrato de locação ou termo equivalente, com firmas reconhecidas em cartório, quando se tratar de imóvel de propriedade de terceiros.

XIV - despesas com telefone móvel em nome do parlamentar, ou fixo caso instalado no gabinete ou no escritório do Vereador.

§ 1º - Não se admitirão gastos com propaganda eleitoral de qualquer espécie.

§ 2°- É vedado o reembolso de pagamento realizado à pessoa física, salvo nas hipóteses de prestação de serviços de mão de obra e nos casos previstos no inciso lll , do art. 5°.

§ 3° - Os imóveis mencionados no inciso l deverão ser previamente cadastrados junto à Comissão de Controle Interno ou Órgão interno da Câmara Municipal, mediante apresentação de cópia autenticada da escritura pública, quando se tratar de imóvel de propriedade do parlamentar, ou do contrato de locação ou termo equivalente, com firmas reconhecidas em cartório, quando se tratar de imóvel de propriedade de terceiros.

§ 4°- A locação de veículos, com ou sem o fornecimento do serviço de motorista, deverá preferencialmente ser prestada por empresa especializada.

§ 5° - Na locação de bens móveis, imóveis e equipamentos não poderá ser aplicada a modalidade de Leasing.

§ 6° - A comissão de Controle Interno ou Órgão interno da Câmara Municipal fiscalizará todas as despesas apenas quanto à regularidade formal, fiscal e contábil da documentação comprobatória, cabendo exclusivamente ao parlamentar decidir se o objeto do gasto obedece aos parâmetros e limites estabelecidos na legislação.

§ 7° - O reembolso das despesas não implica manifestações da Câmara Municipal quanto à observância de normas eleitorais relativamente a tipicidade ou ilicitude.

§ 8° - As contratações, serviços e aquisições realizadas com os recursos de que se trata esta Lei serão de exclusiva responsabilidade do parlamentar, sendo que a inadimplência do contratante com referências a estas despesas, em especial, com referência a alugueres, encargos

§ 4°- A locação de automóvel, com ou sem o fornecimento do serviço de motorista, só poderá ser prestada por empresa especializada.

§ 5° - Na locação de bens móveis, imóveis e equipamentos não poderá ser aplicada a modalidade de Leasing.

§ 6° - A comissão de Controle Interno, a ser criada por Resolução, fiscalizará todas as despesas apenas quanto à regularidade formal, fiscal e contábil da documentação comprobatória, cabendo exclusivamente ao parlamentar decidir se o objeto do gasto obedece aos limites estabelecidos na legislação.

§ 7° - O adiantamento das despesas não implica manifestações da Câmara Municipal de Dourados/MS quanto à observância de normas eleitorais relativamente a tipicidade ou ilicitude.

§ 8° - As contratações, serviços e aquisições realizadas com os recursos de que se trata serão de exclusiva responsabilidade do parlamentar, sendo que a inadimplência do contratante com referências a estas despesas, em especial, com referência a alugueres, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, não transfere à Câmara Municipal ou ao Município a responsabilidade pelo seu pagamento.

§ 9° - Somente será devida a verba indenizatória quando o material de expediente não for fornecido pela Câmara Municipal de Dourados/MS

Art. 4º - Não serão objeto de ressarcimento as despesas efetuadas com aquisição de gêneros alimentícios, exceto alimentação não preparada para uso exclusivo do gabinete e de materiais permanentes, assim considerados aqueles de vida útil superior a dois anos.

Art. 5° - A solicitação de adiantamento será efetuada até o 20° (vigésimo) dia do mês subseqüente por meio de requerimento padrão, do qual constará atestado do parlamentar de que o serviço foi prestado ou o material recebido e de que assume a inteira responsabilidade pela veracidade,

trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, não transfere à Câmara Municipal ou ao Município a responsabilidade pelo seu pagamento.

Art. 6° Não serão objeto de ressarcimento as despesas efetuadas com aquisição de gêneros alimentícios, exceto alimentação não preparada para uso exclusivo do gabinete e de materiais permanentes, assim considerados aqueles de vida útil superior a dois anos.

Art. 7° A solicitação de reembolso será efetuada até o 5° dia útil do mês subseqüente por meio de requerimento padrão, do qual constará atestado do parlamentar de que o serviço foi prestado ou o material recebido e de que assume a inteira responsabilidade pela veracidade, legitimidade e autenticidade da documentação apresentada.

Art. 8° Será objeto de ressarcimento despesas constantes do documento.

I - pagas e relacionadas no requerimento padrão;

II - constantes de documentos emitidos em original, em primeira via, quitados com pagamento à vista e em nome do parlamentar, observadas as ressalvas constantes nos §§ 2°, 3° e 4° deste artigo.

§ 1°- O documento a que se refere este artigo deverá ser idôneo, estar isento de rasuras, acréscimos, emendas ou entrelinhas, datado e discriminado por item de serviço prestado ou material fornecido, não se admitido generalizações ou abreviaturas que impossibilitem a identificação da despesa, podendo ser:

I- documento fiscal hábil segundo a natureza da operação, emitido no mês de competência, quando se tratar de pagamento à pessoa jurídica, admitindo-se recibo comum acompanhado de declaração de isenção de emissão de documentos fiscal com citação do fundamento legal;

II- recibo devidamente assinado, constando nome e endereço completos do beneficiário do pagamento, número do CPF e da identidade e discriminação da despesa quando se tratar de locações contratadas com pessoa física.

legitimidade e autenticidade da documentação apresentada.

Art. 6° - Será objeto de ressarcimento o documento:

I – pago, relacionado no requerimento padrão;

II - original, em primeira via, quitados com pagamento à vista e em nome do parlamentar, observadas as ressalvas constantes nos §§ 2°, 3° e 4° deste artigo.

§ 1°- O documento a que se refere este artigo deverá ser idôneo, estar isento de rasuras, acréscimo, emendas ou entrelinhas, datados e discriminados por item de serviço prestado ou material fornecido, não se admitido generalizações ou abreviaturas que impossibilitem a identificação da despesa, podendo ser:

I- nota fiscal hábil segundo a natureza da operação, emitida no mês de competência, quando se tratar de pagamento à pessoa jurídica, admitindo-se recibo comum acompanhado de declaração de isenção de documentos fiscal com citação do fundamento legal;

II recibo devidamente assinado, constando nome e endereço completos do beneficiário do pagamento, número do CPF e da identidade e discriminação da despesa quando se tratar de locações contratadas com pessoa física.

§ 2° - Serão admitidas contas de água, telefone, e energia elétrica, bem como recibos de condomínio e IPTU, em nome do proprietário do imóvel mencionado no inciso I do artigo 3°.

§ 3°- Admite-se, ainda, a comprovação da despesa por meio de cupom fiscal ou nota fiscal simplificada quitada, mesmo que o documento não contenha o campo próprio destinado ao nome do beneficiário do produto ou serviço.

§ 4.º - Os documentos fiscais relativos aos gastos permitidos no inciso II do artigo 3.º poderão estar em nome do assessor parlamentar vinculado ao gabinete do Vereador, devidamente cadastrado junto à Diretoria Financeira da Câmara.

§ 2° - Serão admitidas contas de água, telefone, e energia elétrica, bem como recibos de condomínios e IPTU, em nome do proprietário do imóvel mencionado no inciso I do artigo 3°.

§ 3°- Admite-se, ainda, a comprovação da despesa por meio de cupom fiscal ou nota fiscal simplificada quitada, mesmo que o documento não contenha o campo próprio destinado ao nome do beneficiário do produto ou serviço.

§ 4° - Não será admitida nenhuma espécie de despesas pagas a:

a) cônjuge ou companheiro/a de vereador ou de parente consangüíneo ou afim até o terceiro grau;

b) a empresa ou pessoa prevista na alínea "a" deste item de que o parlamentar seja sócio proprietário, controlador ou diretor;

§ 5º - os serviços constantes de notas fiscais e ou recibos padronizados deverá conter a certificação de que "foram prestados e os bens foram recebidos, estando os preços de acordo com os praticados no mercado";

Art. 9° De posse dos documentos comprobatórios das despesas, apresentados na forma prescrita pelos artigos 5° e 6°, a Comissão ou Órgão Administrativo Interno da Câmara Municipal, no prazo de 05 (cinco) dias, contados do seu recebimento, após examiná-los sob os aspectos fiscais e contábeis, emitirá relatório de liberação, remetendo-o diretamente à Primeira Secretaria, para processar e efetuar o respectivo ressarcimento, nas datas que vierem a ser estabelecidas em ato próprio do Poder Legislativo.

Art. 10. Os documentos inidôneos, inaptos ou que estejam em desacordo com as normas da presente Lei serão devolvidos ao parlamentar para as devidas correções e substituições.

Art. 11. Os documentos relativos ao mês de competência que tiverem que sofrer correções e não forem representados não poderão ser mais objeto de ressarcimento.

Art. 7.º - Os documentos inidôneos, inaptos ou que estejam em desacordo com as normas da presente Lei serão devolvidos ao parlamentar para as devidas correções e substituições.

Art. 8.º - Os documentos relativos ao mês de competência que tiverem que sofrer correções e não forem representados não poderão ser mais objeto de ressarcimento.

Art. 9.º - Os adiantamentos decorrentes da verba indenizatória se farão na forma desta Lei e ainda segundo o que vier a ser estabelecida em Resolução.

Art. 10 - A Diretoria Financeira elaborará relatório mensal sobre suas atividades encaminhando para a Primeira Secretaria, mantendo cadastro atualizado para consulta.

Art. 11 - O parlamentar titular do mandato perderá o direito à verba de que trata esta Lei quando:

I- investido em cargo de Prefeito, mesmo quando tenha optado pela remuneração do mandato;

II- afastado para tratar de interesse particular, sem remuneração;

III- o respectivo suplente encontrar-se no exercício do mandato.

Art. 12. As despesas decorrentes desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias e específicas, alocadas ao orçamento da Câmara, observadas as normas da legislação financeira quanto aos créditos necessários.

Art. 13. Esta Lei será regulamentada por meio de Resolução no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 14 - Esta Lei entra em vigor na data sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Gabinete do Presidente da Câmara Municipal de Dourados, 21 de junho de 2011.

Art. 12. Os reembolsos decorrentes da verba indenizatória se farão na forma desta Lei e ainda segundo o que vier a ser estabelecida em ato próprio do Poder Legislativo.

Art. 13. A Comissão de Controle Interno ou Órgão administrativo da Câmara Municipal elaborará relatório mensal sobre suas atividades encaminhando para a Primeira Secretaria, mantendo cadastro atualizado para consulta.

Art. 14. O parlamentar titular do mandato perderá o direito à verba de que trata esta Lei quando:

I- investido em cargo previsto no artigo XX da Lei Orgânica Municipal, mesmo quando tenha optado pela remuneração do mandato;

II- afastado para tratar de interesse particular, sem remuneração;

III- o respectivo suplente encontra-se no exercício do mandato, cabendo a este o uso da verba dentro do período do efetivo exercício do cargo.

Art. 15. As despesas decorrentes desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias e específicas, alocadas ao orçamento da Câmara, observadas as normas da legislação financeira quanto aos créditos necessários. Art. 16. As despesas realizadas na eventual necessidade do vereador ter que se ausentar da sede do município a serviço deste, serão atendidas pelo regime de diárias, a ser regulamentada por ato próprio da Câmara Municipal.

Art. 17. Fica doravante vedado o pagamento de qualquer outro tipo de despesas a qualquer título, excetuado unicamente o subsídios mensal, em conformidade com o art. 39, § 4.°, da Constituição Federal, e o pagamento de diárias aos parlamentares quando em deslocamentos para fora da sede do Município no exercício e desempenho da atividade parlamentar.

Parágrafo único: O valor, concessão e pagamento de diária, para vereadores, funcionários

e demais integrantes do Poder Legislativo, serão regulamentados por resolução. Art. 18. Esta Lei será regulamentada por meio de ato próprio expedido pelo Poder Legislativo Municipal. Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data sua publicação, retroagindo seus efeitos a 01 de janeiro de 2010.	

Registro que no texto da Lei de Ribas do Rio Pardo, efetivamente não existe o inciso XIII, do art. 5.º, passando do inciso XII para o XIV, diretamente.

Não bastasse a identidade das verbas indenizatórias criadas por ambas as leis, de municípios diferentes, verifica-se que até mesmo o procedimento para sua comprovação e quitação são os mesmos.

As leis contém diferenças mínimas, muitas vezes com a troca simples de uma expressão por outra, semelhante e de mesmo significado.

A questão aqui tratada, é exatamente a mesma, induvidosamente, daquela tratada na Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1600005-91.2013.8.12.0000, referente à Lei Municipal de Ribas do Rio Pardo, que foi objeto de cópia, melhorada mas com o mesmo vício de inconstitucionalidade, pelo Município de Dourados.

Sobre a dita inconstitucionalidade, veja-se o que foi decidido naquela arguição, no brilhante voto então proferido pelo seu relator, Des. Divoncir Schreiner Maran, *verbis*:

> *"De fato, os vereadores, na condição de agentes políticos, ou seja, daqueles que se caracterizam por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções, cuja investidura se dá através de eleição, o que lhes confere direito a um mandato ao qual é intrínseca a transitoriedade como postulado básico da democracia e república, são remunerados pelo serviço prestado à sociedade por subsídio em parcela única, de acordo com o § 4º do artigo 39, introduzido pela Emenda Constitucional 19/1998, a propósito:*
>
> *"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...)*
>
> ***§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Redação da EC 19/1998)"*** (g.n.)
>
> *A interpretação do dispositivo constitucional não comporta alargamento ante a redação clara e precisa de que a remuneração de servidor ocupante de cargo eletivo é exclusiva por subsídio em parcela única, o que significa dizer que, sendo uma espécie de contraprestação de trabalho permanente, demanda que seja pago periodicamente. Logo, a unicidade do subsídio correlaciona-se com essa periodicidade. A parcela é única em cada período, que, por regra, é o mês. Trata-se, pois, de parcela única mensal.*

> *Historicamente, "subsídio" era uma forma de retribuição de duas parcelas: uma fixa e outra variável. Se a Constituição não exigisse parcela única, expressamente, provavelmente essa regra prevaleceria. A primeira razão da exigência de parcela única consiste em afastar essa duplicidade de parcelas que a tradição configurava nos subsídios. A proibição ostensiva de acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vezo de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributório do agente público, conflitando com os preceitos da Administração Pública erigidos pela Carta Constitucional de 1988 no artigo 37, caput.*

Sobre o tema, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, 2009, Editora Malheiros, p. 268-269:

> *"Com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada subsídio. Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de parcelas únicas, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie. Seu conceito se depreende do art. 39, § 4º (...). Assim, na vedação estabelecida só não se incluem as verbas indenizatórias, qual, por exemplo, o pagamento de 'ajudas de custo' para acobertar despesas de mudança do servidor designado para servir em local fora da sede."* (g.n.)

> *Com efeito, não podem deixar de ser pagas as vantagens de caráter indenizatório, já que compensam o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo, como é o caso das diárias e das ajudas de custo, isto é, não se pode pretender que o servidor faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições e não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar.*

> *Releva destacar que as indenizações, como a própria nomenclatura informa, têm caráter indenizatório e não representam eletivamente uma remuneração, até porque são pagas de maneira não habitual, ou seja, apenas quando caracterizadas determinadas hipóteses excepcionais e transitórias que as justifiquem.*

> *In casu, a Lei Municipal n. 918/2010 elenca no artigo 5º o rol de despesas que deveriam ser ressarcidas ao parlamentar que desembolsasse para pagá-las e nos demais artigos o procedimento para reaver as quantias gastas até o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais) mensais (artigo 2º).*

> ***Dentre as hipóteses de despesas enumeradas, infere-se gastos com imóveis e utensílios a pretexto de servir de escritório de apoio; combustíveis e lubrificantes; material de expediente não fornecido pela Câmara Municipal; software; serviços postais; assinaturas de jornais e revistas; TV a cabo; locação de veículos; produção de vídeos ou documentários; peças e acessórios automotivos; cópias reprográficas; encadernações; edição de jornais; livros; revistas e impressos gráficos; despesas com telefone móvel ou fixo; "etc", como destacado no inciso X do referido artigo.***

> ***Como se vê, os gastos relacionados no diploma legal como ensejadores de indenização tratam ou de despesas pessoais a serem arcadas individualmente por cada parlamentar pela contraprestação já percebida por seu subsídio (ex: combustíveis e lubrificantes;assinaturas de jornais e revistas; TV a cabo; locação de veículos; produção***

de vídeos ou documentários; peças e acessórios automotivos; despesas com telefone móvel ou fixo) ou de implementos que devem ser disponibilizados pelo órgão público para a devida prestação do serviço que lhe é afeto através da verba repassada pelo Município (imóveis e utensílios para servir de escritório de apoio; software; serviços postais; cópias reprográficas; encadernações; edição de jornais; livros; revistas e impressos gráficos).

Nada há que justifique o pagamento dos casos arrolados, ao contrário, há óbice determinante da Lei Maior impedindo que sejam feitos, até porque impossível averiguar a lisura dos gastos. Aliás, para aquelas despesas identificadas como próprias da Câmara Municipal há que se obedecer o procedimento licitatório como forma de resguardar a ordem do artigo 37, XXI, da Constituição Federal e, consectariamente, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (artigo 3º, caput, da Lei n. 8.666/1993).

O mandamento legal retrotranscrito se reveste de mera reafirmação do óbvio que é o tratamento transparente que deve ser atribuído ao dinheiro público, voltado à sociedade e seus interesses e, por isso, acessível de controle e adstrito à finalidade a que foi designado.

Robustece o raciocínio delineado acima percuciente apontamento do douto Procurador-Geral de Justiça no bem lançado parecer:

"Entretanto, não se pode concluir que toda e qualquer instituição de pagamento de verba indenizatória está em consonância com o texto constitucional, haja vista que as parcelas indenizatórias referem-se a despesas não afetas à função típica, que legitima o percebimento do subsídio mensal, e não podem compor o valor do subsídio, nem justificar nenhuma espécie de pagamento suplementar.

Como se percebe claramente do teor do texto da Lei n. 918/2010 de Ribas do Rio Pardo, os vereadores daquela municipalidade, instituíram a percepção de verbas de caráter indenizatório com o nítido intuito de compor suas remunerações, eis que as aludidas verbas serão percebidas em situações em que figura sua típica função legislativa e não para cobrir despesas extraordinárias.

Assim, em respeito aos princípios basilares da administração pública, especialmente o da moralidade e o da impessoalidade, defendemos que se deve conferir caráter institucional e não pessoal aos gastos de vereadores no âmbito municipal para execução de suas funções típicas. Para tanto, a própria casa legislativa deverá garantir ao parlamentar as condições necessárias ao desempenho pleno de seu mandato, mediante a adoção de mecanismos que permitam a fiscalização dos gastos públicos por parte dos órgãos de controle interno e externo e por parte dos cidadãos." (g.n.)

Impõe-se observar, ademais, o malferimento do Princípio da Moralidade que deve permear indelevelmente os atos públicos, quaisquer naturezas que tenham, inclusive os legislativos, haja vista a manifesta subversão dos preceitos constitucionais com a criação de verba que atenta contra a ética e a moral para o reembolso de gastos impróprios a ser arcada pelo erário público. A propósito, valorosa lição do Ministro Celso de Mello emanada do marcante voto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 12:

> *"Sabemos todos que* ***a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado****.*
>
> *É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem.*
>
> *Na realidade - e especialmente a partir da Constituição republicana de 1988 -, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qual: ficar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridade ou órgãos do Poder Público, consoante proclama autorizado magistério doutrinário* (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, "O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa", 2.ª ed., 1993, Genesis; Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional", p. 284, item n. 2.3, 3.ª ed., 1998, Atlas; Lúcia Valle Figueiredo, "Curso de Direito Administrativo", p. 132/134, 2.ª ed., 1995, Malheiros; Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", p. 412/414, itens ns. 14/1, 4.ª ed., 1993, Malheiros; Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 83/85, 17º ed., 1992, Malheiros; Maria Sylvia Zanella de Pietro, "Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988", p. 116/118, item n. 2.5, 1991, Atlas, v.g.). (g.n.).
>
> *Arrebata a intelecção sopesada a diretiva consignada pelo ilustre Ministro Luiz Fux em voto proferido para acompanhar a relatora no julgamento em 07.04.2011 da ADI 4509 MC, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, pelo Tribunal Pleno, publicado no DJe de 25.05.2011:*
>
> *"E ainda que não houvesse essa simetria explícita, nós estamos no campo também da moralidade da legislação. Hoje há uma abordagem sobre a moralidade dos atos administrativos, mas também o princípio da moralidade aplicável à legislação. E o jurista americano Lon Fuller afirma que há caso em que é preciso se declarar a inconstitucionalidade em razão da ausência de moralidade interna da lei. E eu relembro uma velha passagem de Kelsen quando afirmava que a lesão praticada por um particular em relação a outrem é má, mas a injustiça praticada pelo sistema é absolutamente intolerável. E essa é uma injustiça do sistema. No apagar das luzes, o Estado vai e - digamos assim - vota uma lei, contemplando o benefício que foi excluído pela Constituição Federal em prol da moralidade na vida pública."* (g.n.).

Como naquele caso, e afastada a necessidade de reserva de plenário porque a questão da inconstitucionalidade aqui submetida é exatamente a mesma daquela já decidida pelo Órgão Especial, supra transcrita, forçoso também concluir-se que, evidenciado o desrespeito direto e indireto de artigos constitucionais (art. 39, § 4.º, e 37, caput, XXI), bem como a ausência de moralidade interna, a Lei Municipal n.º 3.455/2011, de Dourados, é integralmente inconstitucional, estendo-se tal vício aos atos normativos que nela tiveram base.

A inconstitucionalidade da lei, declarada incidentalmente, resulta na consequente nulidade de todos os atos que a regulamentaram, por arrastamento, e, também, de todos os atos administrativos da Câmara Municipal de Dourados que ordenaram o pagamento de vantagens com base na Lei Municipal n.º 3.455/2011, mérito da ação popular.

Insta observar, de outra parte, e para que inocorra qualquer omissão do julgado, que Luís Roberto Barroso ensina em seu "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", 6.ª edição, p. 151-2, *verbis*:

> *"(...).*
>
> *2. Eficácia temporal.*
>
> *Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade (v., supra), ficou assentado que a corrente amplamente dominante no Direito brasileiro é a que situa a inconstitucionalidade no campo da nulidade. Lei inconstitucional é lei nula. Consequência natural e necessária dessa premissa é a de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é de natureza declaração, limitando-se a reconhecer um vício preexistente. Diante disso, a pronúncia de nulidade da norma deve colhê-la desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos válidos.*
>
> *Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, ex tunc. (...)"*

Diante da insubsistência da sentença que resta anulada, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3.455/2011 e da regulamentação e dos atos administrativos seguintes ou nela embasados, sem necessidade de submissão ao Órgão Especial que assim já decidiu a questão na Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1600005-91.2013.8.12.0000, evidenciado o dano ao erário porquanto os valores recebidos com base em tais atos são indevidos, a única solução plausível é o julgamento de procedência da ação popular.

Posto isto e por tudo o quanto foi exposto, acolho o parecer ministerial e voto no sentido de anular a sentença, posto que a via eleita é adequada e, na forma do art. 1.013, § 3.º, I, do Novo Código de Processo Civil, combinado com o art. 97, da Constituição da República, e 949, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 3.455/2011, de Dourados, bem assim da regulamentação e dos atos administrativos seguintes ou nela embasados, declarando-os nulos de pleno direito, e em consequência julgo procedente todos os pedidos contidos na inicial para, também, condenar os apelados beneficiados pelos ditos pagamentos indevidos a ressarcirem os valores respectivos aos cofres públicos, acrescidos de correção monetária pelo IGP-M e juros de 1% (um por cento) ao mês desde a percepção indevida, que deverá ser objeto de liquidação de sentença.

Por força disto, os ditos beneficiários restam condenados, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, inclusive aquelas que devem ser eventualmente ressarcidas ao auto-apelante, e em honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 12, LAP, combinado com os art. 82, § 2.º, e 85, § 2.º, do Novo Código de Processo Civil.

O feito fica extinto na forma do art. 487, I, primeira parte, do Novo Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso para anular o julgado e julgaram procedente a ação popular, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0368828-84.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – 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.

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.

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.

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.

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.

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 e em parte com o parecer, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos da ação civil pública para apuração de ato de improbidade administrativa e reparação de danos (feito nº 0368828-84.2008.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de José Ricardo Pereira Cabral, Nelinton Cardoso Braff, Paulo Roberto Duarte, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, Antônio Carlos Pereira Ratier, E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me, José Orcírio Miranda dos Santos, José Roberto dos Santos, Luiz Ernesto Cáceres Franco, Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco, Oscar Ramos Gaspar, Ronaldo de Souza Franco, Suelen Rita Cardoso de Andrade e Alberto de Matos Oliveira, todos igualmente qualificados, inconformado com sentença proferida pelo Juízo singular, interpôs apelação cível (f. 3784-3811).

Afirmou, em síntese apertada, que o juízo *a quo* incorreu em equívoco ao julgar improcedentes os pedidos iniciais, sob o fundamento de inexistir prova dos atos ímprobos praticados pelos requeridos, visto que os documentos que instruem o feito, especialmente aqueles inseridos no bojo do Inquérito Civil nº 002/2007, comprovam claramente as práticas dos atos de improbidade administrativa narrados na inicial.

Aduziu que restaram individualizadas e relatadas todas as participações dos requeridos nos atos ímprobos objetos desta ação, envolvendo o Contrato nº 007/2003 (decorrente do Processo Licitatório nº 09/000.107/2003), celebrado com a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda ME, para prestação de serviços de cobertura fotográfica, revelação e ampliações em atendimento às Ações do Governo do Estado, quando da administração de José Orcírio Miranda dos Santos ("*Zeca do PT*").

Elucidou que a atuação ministerial visa responsabilizar as pessoas envolvidas em suposto esquema de desvio de dinheiro público, por intermédio de procedimento licitatório na modalidade concorrência, que teria sido direcionado à contratação da empresa E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME., de propriedade de amigos do ex-governador José Orcírio Miranda dos Santos, imputando aos requeridos a prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Descreveu quais foram os fatos, relatados na inicial, que levaram ao ajuizamento da ação, enfatizando diversas incongruências detectadas na fase interna e externa do Processo Licitatório nº 09/000.107/2003, e na execução do consequente Contrato nº 007/2003, as quais foram verificadas após a instrução do Inquérito Civil nº 002/2007, pelo que imputou a cada um dos requeridos determinada conduta ímproba, no sentido de favorecer a empresa de fotografia mencionada.

Com base em retrospecto da inicial e amparo no inquérito civil, expôs que houve direcionamento da licitação à empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda.-ME, acondicionado com a fraude na consulta de preços, bem como com a discrepância do valor ofertado pela mesma empresa no ato da apresentação das propostas no processo licitatório, revelando o começo dos atos ímprobos.

Invocou, para a defesa da tese, que a diminuição de dois terços (2/3) do valor de lance inicialmente apresentado pela empresa vencedora, para lograr a contratação, aliada ao fato de, na execução do contrato, sobrevir termos aditivos, destacando-se um primeiro, com apenas três meses do início do contrato, que logrou aumentar o valor global com base em argumento genérico de aumento de eventos do Governador, já evidencia os atos de improbidade.

Em reforço, aduziu que: 1) Nélcia Rita saiu do quadro societário da empresa e assumiu cargo de confiança no governo do requerido José Orcírio, justamente no período do processo licitatório do qual

incorreu vencedora a empresa E. F. Laboratório, sendo substituída por sua prima Suelen Rita, que sequer comprou cotas da empresa e apenas atendeu pedido de Nélcia para figurar como acionista; 2) a requerida Nélcia Rita atuou simultaneamente como servidora e prestadora de serviço do Estado de Mato Grosso do Sul, o que é vedado por legislações, dentre elas a Lei de Licitação e o Estatuto do Servidor, o que impedia a empresa em questão de participar do certame licitatório.

Asseverou que restaram demonstradas na inicial as irregularidades durante a execução do contrato, que evidencia a nulidade do contrato, tais como ausência de assinatura, de atesto, da prova de regularidade fiscal da empresa, e ainda assim os pagamentos pelo Estado foram realizados, sendo de conhecimento dos responsáveis à época, os requeridos Oscar Ramos Gaspar, José Roberto dos Santos e Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, que tinham a obrigação de proceder ao recebimento e fiscalização dos serviços.

Dispôs que, dentre as ilegalidades, afigura-se possível listar: a) segunda alteração contratual, decorrente da proibição de o servidor público contratar com o Estado; b) execução do contrato nº 007/2003; c) emissão de notas fiscais sem "autorização de impressão de documentos fiscais AIDF" do município de Campo Grande; d) permissão do uso de bens públicos em serviço particular; e) recebimento sem execução dos serviços prestados; f) preenchimento das notas fiscais sem discriminação dos serviços prestados.

Alegou que, em sua investigação, constatou-se que as notas fiscais não eram conferidas com o material entregue quando aposto o atesto do recebimento dos serviços, pelo que não se poderia atestar a efetiva prestação do serviço.

Concluiu, com base nos elementos colhidos no inquérito, que o Contrato nº 007/2003 efetivamente foi celebrado com E. F. Laboratórios e Fotografias ME, de propriedade dos réus Luiz Ernesto Cáceres Franco e Nélcia Rita Cardoso de Andrade Franco, com a finalidade precípua de desviar o dinheiro público em favor dos seus proprietários, enriquecendo-os ilicitamente, perspectiva esta que é reforçada pelo fato de os réus Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos e Oscar Ramos Gaspar, terem recebido verbas por fora, o que configura ato de improbidade administrativa, conforme disposição do inciso VI, do artigo 9º, da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Realçou os elementos probatórios que estariam a evidenciar a irregularidade no preenchimento de notas fiscais, as quais não eram subscritas com a descrição dos serviços prestados, o que estaria a malferir os princípios e normas de administração financeira e execução orçamentária, incorrendo em prática de ato de improbidade administrativa, conforme dispõe o artigo 10, inciso IX, da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Discorreu que, conforme apurado, embora o Governador do Estado à época, José Orcírio Miranda dos Santos, não tenha participado formalmente da celebração do Contrato nº 007/2003, tinha pleno conhecimento da sua execução e, notadamente, o controle da situação, logo, presente o elemento subjetivo dolo decorrente da sua omissão.

No tocante aos requeridos Paulo R. Duarte e Raufi Antônio J. Marques, que se sucederam na direção da Secretaria de Estado de Coordenação-Geral do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, afirmou que eles praticaram atos para o favorecimento da empresa contratada, a exemplo da solicitação de autorização para a realização de termo aditivo de aumento em 25% (vinte e cinco por cento) no valor inicial do Contrato, bem como assinatura dos termos aditivos de prorrogação da avença, fatos esses que, aliados à ciência dos secretários quanto às ilegalidades, evidenciam a existência do elemento subjetivo do tipo, pelo que, então, com a prática de atos de improbidade administrativa, acabaram por contribuir decisivamente para a causação dos prejuízos ao erário, devendo, por conseguinte, responderem com os seus patrimônios.

Quanto aos atos de José Ricardo Pereira Cabral, Ronaldo de Souza Franco e Alberto de Matos Oliveira, Secretários de Estado de Receita e Controle e Gestão Publica à época, respectivamente, rememorou que tais autoridades subscreveram os aditamentos ao Contrato nº 007/2003, concorrendo, de maneira decisiva, para a prática de ato de improbidade administrativa, já que tinham, por dever de ofício, a obrigação de impedir os aditamentos e não o fizeram, compactuando, pois, com as ilegalidades.

Com base nesta perspectiva, sustentou que restou evidente o pleno conhecimento e ciência dos requeridos quanto às ilegalidades, seja assinando documentos, seja sendo omissos, pelo que, ao menos, houve improbidade pela inobservância dos princípios da administração pública, que prescinde da verificação de prejuízo ao erário ou enriquecimento pessoal.

Em vista disso, sob o argumento de que os requeridos praticaram ato de improbidade administrativa ao realizarem as ilegalidades ligadas ao Contrato 007/2003, incorrendo nas condutas previstas nos artigos 9º, caput, e 10, incisos II, VI, VII, IX, X, XI, e XII, e art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença hostilizada, julgar procedente o pedido inicial.

Nas contrarrazões de Salete Terezinha de Luca (f. 3818-3829), suscita ela, preliminarmente, o trânsito em julgado da sentença em relação a si, porque "*o recorrente não se desincumbiu em sua peça recursal, de narrar os fatos configuradores em tese da improbidade administrativa hábil a propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa*" e, no mérito, pugnou pela manutenção da sentença.

Nas contraminutas de Raufi Antônio Jaccoud Marques (f. 3830-3846), José Ricardo Pereira Cabral (f. 3847-3854) e Paulo Roberto Duarte (f. 3862-3871), estes apenas rebateram os argumentos do *parquet*, e pugnaram pela manutenção da sentença.

Na defesa recursal de Nelinton Cardoso Braff (f. 3855-3861), este suscitou, preliminarmente, o não conhecimento do recurso em relação a sua pessoa, porque nem sequer foi mencionado no recurso do Ministério Público e, no mérito, vindicou a manutenção da sentença.

Nas contrarrazões de José Orcírio Miranda dos Santos (f. 3879-3889), ele suscitou o não conhecimento do recurso, por afronta ao princípio da dialeticidade. No mérito, pediu o não provimento do recurso.

Na defesa de Antônio Carlos Pereira Ratier (f. 3908-3919), Ronaldo de Souza Franco (f. 3920-3930), Alberto de Matos Oliveira (f. 3920-3930), Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares (f. 3931-3936), José Roberto dos Santos (f. 3931-3936) e Oscar Ramos Gaspar (f. 3931-3936), estes também arguiram o não conhecimento do recurso, por falta de dialeticidade e por não terem sido mencionado nas razões recursais. No mérito, pleitearam o não provimento do recurso.

Na contraminuta de E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me (f. 3937-3954), Luiz Ernesto Cáceres Franco (f. 3937-3954), Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco (f. 3937-3954) e Suelen Rita Cardoso de Andrade (f. 3937-3954), estes arguiram, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, por falta de dialeticidade e, no mérito, pugnaram pelo não provimento do recurso.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 3959-3986), onde opinou pela rejeição das preliminares suscitadas em contrarrazões e, no mérito, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, a fim de condenar os recorridos Nélcia Rita Cardoso de Andrade Franco; Luiz Ernesto Cáceres Franco; Suelen Rita Cardoso de Andrade; E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda. ME; Salete Terezinha de Luca; Nelinton Cardoso Braff; Oscar Ramos Gaspar; Ana Lúcia Rodrigues Tavares; José Roberto dos Santos, José Ricardo Pereira Cabral; Antônio Carlos Pereira Ratier; Alberto de Matos Oliveira,

Ronaldo de Souza Franco, Paulo Roberto Duarte e Raufi Antônio Jaccoud Marques, como incursos nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos da inicial ministerial, mantendo-se a sentença de improcedência apenas em relação ao apelado José Orcírio Miranda dos Santos.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual, em face de demandados em ação civil pública para apuração de ato de improbidade administrativa e reparação de danos (feito nº 0368828-84.2008.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS), objetivando reformar a sentença proferida em primeiro grau, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por inexistir prova dos atos ímprobos praticados pelos requeridos.

Direito intertemporal

Inicialmente cabe esclarecer que, embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, em razão de o presente recurso ter sido interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (03.08.2015), são as regras desse *códex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Luiz Fux (idealizador do Projeto inicial do Novo CPC) elencou algumas situações jurídicas geradas pela incidência da lei nova aos processos pendentes, afirmando quanto à aplicação do CPC/2015 aos recursos interpostos que:

> *"A lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes; respeitados os direitos subjetivo-processuais adquiridos, o ato jurídico perfeito, seus efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei, bem como a coisa julgada;*
>
> *[...]*
>
> *7.* ***A lei vigente na data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos da admissibilidade dos recursos****;"* (FUX, Luiz. Teoria Geral do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery também se posicionaram sobre o tema, no sentido de que regerá o procedimento do recurso a lei vigente na data da efetiva interposição do recurso, senão vejamos:

> *"Lei processual nova sobre recursos: No que tange aos recursos, é preciso particularizar-se a regra do comentário anterior. Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso"* (Comentários ao Código de Processo Civil/Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228)

Assim, considerando que o presente recurso de apelação cível foi interposto quando ainda vigente o CPC/73, resta evidente a inaplicabilidade das regras do novo CPC ao presente caso, pelo que o julgamento pautar-se-á pelo CPC revogado.

Logo, considerando-se a suscitação, em contrarrazões, de matérias preliminares atreladas ao conhecimento do recurso, passo ao juízo de admissibilidade recursal.

Juízo de admissibilidade

Afronta ao princípio da dialeticidade

No que tange à preliminar suscitada em diversas contrarrazões, de não conhecimento da apelação em razão da afronta ao princípio da dialeticidade e da falta de menção ao nome dos requeridos, a razão não favorece os apelados.

Como por todos ressabido, o recurso interposto pela parte deve ser dialético, isto é, necessita demonstrar, de forma clara, os fundamentos de fato e de direito de seu inconformismo, atacando indubitavelmente as razões da decisão proferida pelo Juízo singular.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Júnior ensina:

> *"O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão".*[1]

In casu, como se constata das razões de apelação apresentadas à f. 3784-3811, o Ministério Público Estadual demonstrou de forma clara e analítica os fundamentos de seu inconformismo, esclarecendo o porquê da possibilidade de reforma da sentença de primeiro grau, que julgou improcedentes os pedidos iniciais da ação de improbidade.

Tanto o é que o apelante constituiu capítulos próprios para justificar suas razões (2. Dos fatos; 3. Das ilegalidades praticadas; 4. Do direito), reservando inúmeras laudas (f. 3793-3811) tanto para confrontar os fundamentos da sentença quanto para demonstrar a plausibilidade da tese ministerial, quanto ao enquadramento da conduta de todos os requeridos nos tipos que estabelecem atos de improbidade.

O fato de reafirmar eventual argumento utilizado na petição inicial não tem o condão de retirar a logicidade das razões recursais, mormente quando possibilita ao órgão *ad quem* entender o porquê da irresignação e aos recorridos refutarem seu conteúdo.

No caso, considerando-se que os apelandos compreenderam perfeitamente a tese do apelante, vez que apresentaram longas contraminutas, refutando as alegações referente ao mérito recursal, não se há de falar em ausência de dialeticidade.

Por isso, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito a preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade e, uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço do recurso e passo ao exame das matérias devolvidas pela ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente

Trânsito em julgado da sentença em relação à Salete Terezinha de Luca

Como relatado, Salete Terezinha de Luca afirmou que o *parquet* não citou seu nome no recurso, motivo pelo qual teria havido trânsito em julgado da sentença em relação a sua pessoa.

A despeito da alegação, evidentemente que a preliminar deve ser rechaçada.

Como bem estabelece o art. 467 do CPC, "*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*".

1 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos.** - 5ª ed. - Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

Como se percebe, a coisa julgada se forma quando restarem esgotados os recursos colocados à disposição das partes, tornando imutáveis os comandos da sentença.

No caso, o *parquet* interpôs recurso de apelação, cujo recurso, a teor do art. 515, *caput*[2], do CPC, possui o condão de devolver ao conhecimento do Tribunal toda a matéria impugnada.

Conforme se dessume das razões recursais do Ministério Público Estadual, este realçou a deliberação do Juízo singular quanto à requerida Salete Terezinha de Luca (item 1.2 – f. 3787) e, logo após, passou a descrever inúmeras condutas das partes que, em última análise, teriam desencadeado prejuízo ao erário público e afronta aos princípios da administração pública, vindicando, finalmente, o acolhimento do pedido inicial.

Por certo, tendo em vista que, segundo o requerente-apelante, Salete Terezinha de Luca teria sido designada para função de ordenadora de despesas, acarretando a emissão de notas de empenho durante a vigência do contrato impugnado e até o final do governo de José Orcírio Miranda dos Santos, é evidente que ao devolver toda a matéria impugnada, conforme art. 515, *caput*, do CPC, também o fez em relação à mencionada requerida, pelo que se mostra inadmissível a alegação da ocorrência de parcial trânsito em julgado da sentença.

E nem se diga, como pretende fazer crer a apelada Salete Terezinha de Luca, que "*Desconhecendo o teor preciso da acusação no tocante a recorrida e qual a medida de sua suposta participação, não há como se assegurar na hipótese as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa*".

Isso porque, contrariamente ao quanto defendido, a requerida Salete pôde defender-se de forma bastante contundente nas contrarrazões, reservando aproximadamente nove laudas (f. 3820-3829) para rebater os argumentos do Ministério Público, tudo a evidenciar que logrou compreender perfeitamente o teor da acusação.

Assim, afigura-se escorreita a Procuradoria-Geral de Justiça quando assevera que "*não merece acolhimento a preliminar levantada, eis que a interposição de recurso obstou o trânsito em julgado da sentença vergastada*".

Logo, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito esta preliminar e passo ao julgamento do mérito propriamente dito.

Mérito

Improbidade administrativa

Considerações doutrinárias e jurisprudenciais

A improbidade administrativa, pelo que se extrai da Lei n. 8.429/82, refere-se à má qualidade de uma administração, à prática de atos que impliquem em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário, ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a administração pública.

Desse modo, deve-se diferenciar, portanto, as hipóteses de simples irregularidades praticadas pelo administrador daquelas consideradas como improbidade administrativa, mormente diante da gravidade das sanções impostas pela Lei n. 8.429/82.

2 Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

Logo, é necessário examinar se a conduta dos réus se enquadra entre os atos de improbidade tipificados na Lei n. 8.429/82 e se é possível verificar o elemento subjetivo dos agentes envolvidos.

Segundo a Lei n. 8.429/82, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Apenas as condutas tipificadas no art. 10 dispensam a apuração do dolo por parte do agente, pois há previsão expressa na Lei de Improbidade Administrativa de que os fatos ali tipificados admitem a forma culposa.

Sobre as condutas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92, explicita o professor Mauro Roberto Gomes de Mattos que "*para que haja subsunção na hipótese em tela, a conduta do agente público, ainda que seja omissão, dolosa ou culposa, deverá acarretar prejuízo para o erário, causando-lhe lesão*"[3].

Quanto às condutas expressas nos arts. 9º e 11, imprescindível a constatação do dolo do agente, ainda que genérico, pois somente assim o ato poderá ser classificado como ímprobo.

Vale dizer, a imposição de uma condenação, por prática de atos de improbidade, deve estar amparada por provas cabais do ilícito qualificado, revestida pela certeza dos fatos alegados, sob pena de, com base em simples presunções, constranger o agente público com graves penas.

Ora, para um ato alçar a qualificação de ímprobo, não basta a prática de uma mera antijuridicidade, a conduta deve antes estar direcionada a uma finalidade específica bem definida em lei.

Conforme lições do eminente constitucionalista José Afonso da Silva:

> *"A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualifica. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem"*[4].

No mesmo sentido, consoante ensinamentos de Marino Pazzaglini Filho, a ilegalidade não é sinônimo de improbidade, sendo que a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Confira-se:

> *"Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública. E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de ato de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9o) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo). Apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art. 10) é suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública*

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 264

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 669.

> *por ele exercida. O atentado a legalidade, segundo Waldo Fazzio Júnior, só adquire, por assim dizer, o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios éticos que, a partir do caput do art. 11 iluminam seus incisos, sobretudo a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa."*[5]

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça há muito consolidou entendimento de que "*A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador*" (REsp 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008).

De tal precedente, infere-se uma estreita ligação entre a aplicação das sanções, por atos de improbidade, e a teoria geral do delito, que estabelece, para a imposição de penas, a necessária comprovação, pelo Órgão Acusador, do fato típico e da antijuridicidade.

Nesta trilha, percebe-se que a aplicação de penalidades, nos termos da Lei nº 8.429/92, deve traspassar a verificação, quando exigido pelo modelo legal, da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, do dano, do nexo de causalidade, bem como da tipicidade. No que se refere a este último requisito, os artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, estabelecem condutas que, abstratamente, tipificam os atos de improbidade administrativa e se fundamentam em hipóteses distintas, a saber: ato que importa em enriquecimento ilícito; que causa lesão ao erário; e que atenta contra os princípios da administração pública. Prescrevem os mencionados dispositivos:

> *"Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:*
>
> *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:*
>
> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:"*

Pela dicção dos artigos, percebe-se que a previsão do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) encontra-se previsto apenas no art. 10, da Lei nº 8.429/92, tudo a indicar, pelo princípio da excepcionalidade dos tipos culposos e da responsabilidade subjetiva que informa, em regra, nosso ordenamento, que as condutas previstas nos outros dois dispositivos (art. 9º e art. 11) só são apenadas em sua forma dolosa. Corroborando este entendimento, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam:

> *"A Lei 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importar em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (rectius: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa", enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.*

5 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**, Editora Atlas S. A. - 2005, pág. 111.

> *Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade."*[6]

Assim, sintetizando o quanto exposto, para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso verificar o implemento dos mencionados requisitos (conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dano, nexo de causalidade e tipicidade) para, só então, caracterizada a imoralidade qualificada, passar-se-à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Tecidas estas noções preambulares, impõe-se verificar se, na hipótese trazida ao conhecimento deste Colegiado, a conduta dos requeridos podem ser qualificadas como ímprobas.

Imputações do Ministério Público

Basicamente, o Ministério Público enfatizou na inicial e nas razões recursais diversas incongruências detectadas na fase interna e externa do Processo Licitatório nº 09/000.107/2003, e na execução do consequente Contrato nº 007/2003, as quais foram verificadas após a instrução do Inquérito Civil nº 002/2007, pelo que imputou a cada um dos requeridos determinada conduta ímproba, no sentido de favorecer a empresa de fotografia mencionada.

Em razão do contrato celebrado com a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda ME, para prestação de serviços de cobertura fotográfica, revelação e ampliações em atendimento às Ações do Governo do Estado, quando da administração de José Orcírio Miranda dos Santos ("Zeca do PT"), imputou diversas condutas pretensamente típicas aos requeridos José Ricardo Pereira Cabral, Nelinton Cardoso Braff, Paulo Roberto Duarte, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, Antônio Carlos Pereira Ratier, E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me, José Orcírio Miranda dos Santos, José Roberto dos Santos, Luiz Ernesto Cáceres Franco, Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco, Oscar Ramos Gaspar, Ronaldo de Souza Franco, Suelen Rita Cardoso de Andrade e Alberto de Matos Oliveira, previstas nos artigos 9º, *caput*, e 10, incisos II, VI, VII, IX, X, XI, e XII, e art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, pelo que vindicou a condenação dos envolvidos nas sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nada obstante o esforço do *parquet* na condução das investigações, e da infinidade de elementos de apuração colhidos na fase inquisitorial, no seio da instrução do Inquérito Civil nº 002/2007, é flagrante que o Ministério Público Estadual não se desincumbiu de promover a apuração dos fatos durante a instrução probatória no âmbito processual, cujos elementos de convicção viriam a pautar uma decisão condenatória com respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, subservientes ao princípio maior do devido processo legal.

Como por todos ressabido, afigura-se temerário cogitar na condenação de jurisdicionados, pela prática de pretensos atos de improbidade administrativa, com exclusivo lastro nos elementos colhidos na fase de inquérito, sem haver ao menos a confirmação mínima das evidências durante o trâmite da ação civil pública, observado o ônus da prova.

Isso porque, o inquérito civil se consubstancia um instrumento administrativo de apuração, visando a colheita de elementos mínimos de materialidade e autoria de fatos relevantes para o interesse público.

6 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.267-268.

Conforme ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, o inquérito civil se consubstancia:

> *"Um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público, cujo objeto consiste essencialmente na coleta de elementos de convicção que lhe sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais ou para a defesa do patrimônio público e social - ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública a seu cargo"*[7].

Por certo, os elementos de convicção edificados no inquérito civil, fase esta eminentemente inquisitorial, poderiam subsidiar um édito condenatório especialmente se viessem a corroborar ou ratificar os elementos de provas colhidos na fase processual. Entretanto, prestam-se pouco de lastro para, com vistas em seu exclusivo teor, justificar uma condenação do jurisdicionado, especialmente se não convencem o Juízo acerca do fato constitutivo do direito.

Como é cediço, substancia-se ônus do autor da ação civil pública demonstrar o fato constitutivo do direito de punir, não se permitindo transferir ao denunciado o ônus de desconstituir, no prazo diminuto da defesa e da fase instrutória, eventuais presunções invocadas pelo *Parquet*, edificadas não raras as vezes por meses ou anos de investigações, mas com base em material insuficiente para um édito condenatório.

Isso não quer dizer, por óbvio, que não possam os elementos trazidos aos autos com o inquérito ser valorados pelo julgador. Todavia, o valor probatório destes elementos inquisitoriais é relativo e deve ser deliberado sem se descurar das regras da distribuição dos ônus da prova.

No caso vertente, percebe-se que o Juízo singular saneou o feito à f. 3699-3703 e, então, instou as partes a informarem se pretendiam produzir provas, justificando-as.

O Ministério Público não vindicou a produção de provas na fase processual (f. 3729), contentando-se apenas com os elementos de apuração colhidos no Inquérito Civil nº 002/2007.

As apurações contidas no Inquérito Civil nº 002/2007, entretanto, não podem justificar, *de per si*, a condenação dos requeridos nas sanções estabelecidas por atos de improbidade, conforma se passará a expor.

Assim, considerada a infinidade de partes relacionadas no polo passivo da demanda passo a deliberar acerca de cada envolvido separadamente.

José Ricardo Pereira Cabral

No que tange ao requerido José Ricardo Pereira Cabral, Secretário de Receita e Controle à época do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de assinar como interveniente o contrato e seus termos aditivos, já que tal requerido deveria, de ofício, obstaculizar o contrato e seus aditamentos eivados de irregularidades.

Em defesa de sua conduta, o requerido afirmou que sua assinatura no contrato só ocorreu após os atos de homologação e adjudicação, na forma do § 1º do artigo 2º do Decreto nº 11.224 de 24/05/2003, ou seja, após a finalização do procedimento licitatório que, no pregão, encerra-se com a homologação, não lhe cabendo verificar vícios ou contestar os atos administrativos precedentes, e menos ainda detinha competência para anular o processo administrativo já finalizado. No tocante aos termos aditivos, afirmou que não lhe cabia analisar o mérito da prorrogação do contrato administrativo, já que não podia avaliar a real necessidade do aditivo quanto a prazo e valor, por ausência de competência, a qual recaia sobre a secretaria solicitante, neste caso, Secretaria de Estado de Coordenação Geral do Governo.

7 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Conceito de Inquérito Civil**, 2001. Disponível em:< http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/concinqciv.Pdf >. Acesso em: 29 de mar. 2016.

De fato, não subsiste elemento de convicção no inquérito civil apto a autorizar o enquadramento da conduta do requerido José Ricardo Pereira Cabral em qualquer da tipologia referente aos atos de improbidade.

Ora, se sua competência regulamentar estava atrelada exclusivamente a questões orçamentárias, era seu dever subscrever o contrato e eventuais aditivos se todos os requisitos legais se encontravam presentes no processo administrativo.

O procedimento licitatório questionado era na modalidade de pregão presencial e, neste, não subsistia qualquer menção na ata pela pregoeira de alguma anormalidade.

Se assim o é, em respeito ao princípio da confiança e observando-se a presunção de legalidade e legitimidade que informa os atos administrativos, à míngua de qualquer participação do requerido na fase interna e externa do procedimento licitatório, não poderia ele, na qualidade de Secretário de Receita e Controle, até mesmo por falta de competência, anular ou obstaculizar a formalização do contrato administrativo.

É bem por isso que o Juízo singular concluiu que "*se o processo licitatório quando chegou para o requerido assinar, já tinha sido homologado e adjudicado, era perfeitamente presumível que a legalidade já tinha sido verificada por quem detinha a competência para tanto e não caberia depois na qualidade de interveniente, apontar eventuais vícios*" (f. 3755).

No mesmo sentido, se os termos aditivos foram encaminhados ao requerido devidamente instruídos com os documentos necessários exigidos por lei, como justificativa, parecer jurídico e autorização do Secretário de Estado de Coordenação Geral, como exige o artigo 57, § 2º da Lei de Licitações, não poderia o requerido pressupor que os aditivos tinham finalidade diversa que não a continuidade do serviço contratado.

Assim, sem evidenciar a conduta omissiva ou comissiva do requerido José Ricardo Pereira Cabral, destinada ao favorecimento da empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o *Parquet* não logrou demonstrar o fato constitutivo do direito à pretensão punitiva, cujo ônus lhe cabia, razão de se manter irretocável a sentença que julgou improcedente seu pedido inicial em relação a este acusado.

Nelinton Cardoso Braff

Em relação ao requerido Nelinton Cardoso Braff, ordenador de despesas da SECOGE à época do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de ter ordenado a emissão de notas de empenho para cobrir despesa com a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, para cobertura de serviços fotográficos, ampliação e revelação nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2.004.

O requerido defende-se afirmando que sua conduta de ordenar emissão de nota de empenho, além de não ter sido desonesta, não guarda liame com qualquer ocorrência de dano ao erário público, eis que foram tidos como prestados e quitados. Afirmou que ao ordenar a emissão de nota de empenho em benefício da empresa, apenas garantiu que determinado montante de valor fosse reservado da dotação de crédito orçamentário, o que não implica na ocorrência do respectivo pagamento.

A despeito das alegações do *parquet*, certo é que não há como concluir pela prática de ato de improbidade apenas e tão somente pelo ato de o ordenador de despesas da SECOGE ter emitido notas de empenho para cobrir futuras despesas públicas com a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, sem qualquer indício de que o tenha feito com desonestidade, visando favorecimento indevido da empresa contratada.

A respeito deste requerido, o Juízo singular foi, de maneira acertada, categórico ao asseverar que:

> *"Não se faz presente elemento probatório suficiente de que ele tenha concorrido de maneira decisiva para prática de ato de improbidade administrativa ao desempenhar as atividades que lhe competiam à época (ordenação de emissão de notas de empenho em favor da empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME)" (f. 3758).*

Não se pode perder de vista que, nos termos do art. 58 da Lei nº 4.320/64[8], "*O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*".

Quer isso dizer que após a fase prévia de verificação das disponibilidades orçamentárias, é possível então a emissão da nota de empenho, que serve apenas para reservar numerário para pagamento de obrigação que pode estar no aguardo ou não do implemento da condição.

Uma vez transpassada a fase de liquidação da despesa que, nos termos do art. 63 da Lei nº 4.320/64, "*consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito*", impõe-se ordenar o pagamento.

Se não havia qualquer irregularidade formal neste trâmite não se poderia imputar ao ordenador de despesas a prática de ilegalidade, mormente se não demonstrada qualquer conduta desonesta ou mesmo pautada por finalidade diversa daquela necessária ao desempenho de suas atribuições.

Logo, sem a demonstração cabal da conduta omissiva ou comissiva do requerido Nelinton Cardoso Braff, destinada ao favorecimento da empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o *parquet* não logrou demonstrar o fato constitutivo do direito à pretensão punitiva, cujo ônus lhe cabia, razão suficiente para manter irretocável a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em relação a este requerido.

Paulo Roberto Duarte

Quanto ao requerido Paulo Roberto Duarte, Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de celebrar o contrato número 007/2003 e seus termos aditivos, o que o tornou conivente com a situação de desvio de dinheiro público, bem como ter favorecido a empresa contratada, eis que no seu entendimento o requerido deveria de ofício obstaculizar o contrato e seu aditamento.

O requerido apresentou contestação, afirmando que não participou de qualquer fase da licitação em questão, que deu vitória à empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, e sequer se envolveu na execução dos serviços prestados, não tendo qualquer elemento de prova de seu envolvimento em atos de desonestidade. Asseverou que o processo licitatório não sofreu qualquer tipo de impugnação no prazo legal, o que faz presumir sua legalidade. Expôs que, uma vez homologado e adjudicado o procedimento licitatório pelo Ordenador de Despesas da SECOGE à época, Sr. Antônio Carlos Pereira Ratier, não poderia deixar de proceder a contratação da empresa vencedora, sendo certo que nem sequer detinha competência para fiscalizar a prorrogação do contrato administrativo, por meio de termos aditivos, até porque a legalidade teria sido atestada pela Consultoria Legislativa. Rememorou que as responsáveis pelo parecer da legalidade do contrato e aditivos noticiados, foram excluídas da lide por ausência de indícios mínimos de dolo, a ratificar a impossibilidade de sua condenação por atos de improbidade administrativa.

8 Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Sobre este requerido, o Juízo singular consignou que "*não há elemento probatório suficiente de que o requerido Paulo Roberto Duarte, participou do processo licitatório seja na fase interna ou na fase externa, até porque sua secretaria não tinha esta competência*" (f. 3763).

De fato, também subserviente ao princípio da confiança e observando-se a presunção de legalidade e legitimidade que informa os atos administrativos precedentes, não poderia o Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo anular ou obstaculizar a formalização do contrato administrativo com a empresa vencedora do processo licitatório, se inexistia qualquer indício de irregularidade, já que tratou-se de pregão presencial e não havia na ata qualquer menção pela pregoeira de alguma anormalidade.

No mesmo sentido, é evidente que se os termos aditivos foram encaminhados ao requerido devidamente instruídos com os documentos exigidos legalmente, como justificativa, parecer jurídico, como exige o artigo 57, § 2º da Lei de Licitações, não poderia o requerido pressupor ilegalidades.

Saliente-se que as responsáveis pelo parecer da legalidade do contrato e aditivos noticiados, foram excluídas da lide por ausência de indícios mínimos de dolo. Constou da decisão de f. 3049-3057, *in verbis*:

> *"Consta dos autos que as requeridas Angélica Pereira Ravagnani e Rosely de Barros Lavada apenas emitiram parecer favorável ao deferimento do pedido de prorrogação da licitação, não fazendo qualquer juízo decisório que culminasse na realização da licitação, o que não as torna legitimadas a figurarem como rés em processo que apura eventual ato de improbidade administrativa.*
>
> *Com efeito, pareceristas apenas emitem uma opinião jurídica, não vinculando a atuação da autoridade responsável pela emissão do ato, e não necessariamente estão cientes das intenções escusas dos envolvidos, não tendo apontado o órgão ministerial indícios que os pareceres foram dolosamente elaborados para possibilitar a elaboração do ato, há apenas suposições sobre tais atos."*

É de se ver que o Estado-Juiz, já na decisão que não recebeu a inicial em face das pareceristas, já foi enfático ao dispor acerca da ausência de desonestidade na realização dos pareceres jurídicos que endossavam a legalidade da eventual prorrogação do contrato por termos aditivos.

Ora, se não restou visualizada qualquer desonestidade daquelas que, com formação jurídica e na atribuição de verificar a legalidade, emitiram pareceres favoráveis à prorrogação de contrato, com maior razão não se há de vislumbrar qualquer ilegalidade praticada pelo Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo que, baseado em tais pareceres, formalizou contrato e termos aditivos.

Assim, sem a mínima demonstração da conduta omissiva ou comissiva do requerido Paulo Roberto Duarte, destinada ao favorecimento da empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o MPE não logrou comprovar o fato constitutivo do direito à pretensão punitiva, cujo ônus lhe cabia, motivo que importa em manutenção da sentença que julgou improcedente seu pedido inicial em relação a este requerido.

Raufi Antônio Jaccoud Marques

No que se relaciona ao requerido Raufi Antônio Jaccoud Marques, que teria substituído Paulo Roberto Duarte como Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de subscrever o terceiro aditivo ao contrato nº 007/2003, prorrogando o prazo do contrato com a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME e, com isso, contribuindo para a causação de prejuízos ao erário.

O requerido apresentou contestação e afirmou que o procedimento de prorrogação de contrato chegava até suas mãos pronto e acabado, já que a solicitação para prorrogação de contrato aportava em sua Secretaria e, após a assessoria jurídica lavrar parecer favorável, o expediente era levado para subscrição. Asseverou, então, que "*os documentos era apresentados ao requerido pelos funcionários encarregados pela sua feitura com aparência de legalidade e legitimidade, portanto, não era de sua alçada rever os atos já praticados pelos agentes competentes*".

De fato, a mesma intelecção empregada quando da deliberação da conduta do antecessor deve ser transportada para verificar a legalidade da conduta daquele que sucedeu a Secretaria de Estado de Coordenação-Geral do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos.

Basicamente, as presunções lançadas pelo Ministério Público Estadual para justificar a suposta prática de ato de improbidade por Raufi Antônio Jaccoud Marques esbarram-se em duas circunstâncias que esvaziam por completo a pretensão punitiva, a saber: o princípio da presunção de legalidade e princípio da confiança.

Por certo, não poderia o Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo obstaculizar a formalização do terceiro termo aditivo para prorrogação de prazo, se inexistia qualquer indício de irregularidade, na medida em que o procedimento estava instruído com os documentos exigidos legalmente, como justificativa e o parecer jurídico, previstos no artigo 57, § 2º da Lei de Licitações (princípio da presunção de legalidade).

Não se olvide, a propósito, que a parecerista foi excluída da lide por não se vislumbrar qualquer desonestidade na subscrição do parecer favorável à prorrogação de contrato. Se assim o é, com maior razão não se haveria de propalar suposta existência de ilegalidade no ato do então Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo que, baseado em documento técnico (princípio da confiança), subscreveu o terceiro termo aditivo.

Nesta trilha, à míngua da elucidação de uma conduta ímproba do requerido Raufi Antônio Jaccoud Marques, destinada a favorecer ilegalmente a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, é de se concluir que o Órgão Ministerial não logrou comprovar o fato constitutivo do direito de punir o requerido, cujo ônus lhe cabia, razão de negar provimento ao pedido recursal em relação ao mencionado apelado.

Salete Terezinha de Luca

No que toca à requerida Salete Terezinha de Luca, ordenadora de despesas do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos a partir de agosto de 2004, o Ministério Público Estadual lhe imputa a prática de ato de improbidade administrativa porque teria ordenado a emissão de notas de empenho de setembro de 2004 a dezembro de 2006, inclusive aquelas que favoreceram a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, pelos serviços fotográficos, ampliação e revelação.

A requerida apresentou defesa técnica e elucidou todo o trâmite administrativo que precedia a emissão da nota de empenho (processo licitatório com observância de todas as formalidades legais; empenho estimativo mensal dentro da cota de cada empresa contratada; solicitação de disponibilidade de cota financeira e orçamentária por cada setor que necessitasse dos serviços questionados; análise das cotas orçamentárias e financeiras pela Auditoria do Estado; parecer da Superintendência de Administração e Finanças; emissão de atestado de execução de serviços pelo Subsecretário de Administração e Finanças), cujos atos eram praticados pelos agentes administrativos competentes e, por isso, gozavam de legitimidade presumida, não sendo sua atribuição rever todos os atos concernentes ao empenho e liquidação das despesas por eles realizados. Logo, sob o argumento de que não permitiu, facilitou ou concorreu para qualquer enriquecimento ilícito da contratada, defendeu a improcedência do pedido do *parquet*.

Com razão a requerida.

Como já salientado quando da deliberação referente ao ordenador de despesas que a precedeu, Nelinton Cardoso Braff, a emissão das notas de empenho era precedida de formalidades legais estritas e, no que tange pagamento das obrigações oriundas do Contrato nº 007/2003, não havia qualquer apontamento anterior de irregularidade no trâmite do adimplemento, pelo que não se pode imputar à ordenadora de despesas a eventual prática de ilegalidade pelo simples fato da subscrição das notas de empenho.

Cabia ao Ministério Público comprovar qualquer conduta desonesta ou mesmo pautada por finalidade diversa daquela necessária ao desempenho de suas atribuições como ordenadora de despenas e, não o fazendo, afigura-se incabível pretender a condenação por ato de improbidade.

Logo, inexistindo prova de conduta omissiva ou comissiva desonesta e com má-fé de Salete Terezinha de Luca, destinada a enriquecer ilicitamente a empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o fato constitutivo do direito de punir não restou demonstrado pelo órgão acusador, cujo ônus lhe cabia, razão suficiente para manter incólume a sentença que julgou improcedente o pedido inicial também em relação a esta requerida.

Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares

Em face de Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, responsável pela certificação da prestação dos serviços, na forma de "*Atesto*", o Ministério Público Estadual lhe imputa a prática de ato de improbidade administrativa, porque não teria exercido suas atribuição com a necessária eficiência, concorrendo para a prática das ilegalidades cometidas na execução do Contrato nº 007/2003.

Em defesa técnica, a requerida esclareceu que a prestação de serviço realizada pela empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME era de cobertura fotográfica, incluindo despesas com pessoal, equipamentos, transporte, revelação em papel ou digital, e que o pagamento não era feito por produção individual (número de fotografias, de viagens ou quilometragem de deslocamentos), mas sim por um preço pré-fixado pelo serviço demandado, cuja produção se dava diariamente, dia e noite, inclusive finais de semana e feriados, enviando-se a cobertura para divulgação na APN (Agência Popular de Notícias). Esclareceu que os serviços foram efetivamente prestados, caso contrário, o setor administrativo competente informaria o não recebimento do material publicitário.

De fato, não se pode vislumbrar qualquer irregularidade nas condutas da requerida que, na função de certificar a prestação dos serviços, na forma de "Atesto", deu ensejo ao pagamento das parcelas mensais em favor da empresa contratada.

O contrato firmado entre o Estado e a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, pelo que se pode observar do Contrato nº 007/2003, à f. 1015-1023, fora prestado sob a forma de execução indireta, nos termos do quanto permitido pelo art. 6º, VIII, da Lei nº 8.666/93. A Cláusula Oitava do contrato estabeleceu:

> *"CLÁUSULA OITAVA – DO VALOR DO CONTRATO*
>
> *8.1. O valor global do Contrato para o período de 12 meses é de R$ 199.800,00 (cento e noventa e nove mil, oitocentos reais) resultando num valor mensal de R$ 16.650,00 (dezesseis mil, seiscentos e cinquenta reais)."*

Pelo visto, ao Estado cabia o pagamento de parcelas mensais e, por sua vez, cabia à contratada, conforme Cláusula Quinta do contrato (f. 1017) disponibilizar amplo material para a execução dos serviços por seus fotógrafos, cabendo à empresa contratada, em contraprestação aos valores mensais que lhe eram pagos, adimplir as despesas com material, entrega dos serviços, hospedagem, transporte, alimentação dos

funcionários, devendo ficar à disposição 24 horas por dia, em qualquer localidade do estado, podendo ocorrer até 05 eventos simultâneos. Cabia a contratada, inclusive, instalar laboratório nas dependências da Subsecretaria de Comunicação.

Por questão de lógica, dada a amplitude dos serviços prestados e a completa inexistência de qualquer queixa do setor de comunicação, responsável pela colheita e propagação do material referente à cobertura fotográfica, revelação e ampliações, não se poderia esperar conduta outra da servidora responsável que não atestar a regularidade da prestação do serviço.

Exigir da servidora o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço prestado pela empresa contratada para, somente após, atestar sua regularidade, apresenta-se humanamente impossível, até porque, presume-se, não se tratava do único contrato firmado pelo Estado em que a requerida atuou na referida função, de certificar a prestação dos serviços, na forma de "Atesto".

Assim, cabia ao *parquet* demonstrar cabalmente a completa inexistência de prestação do serviço contratado para que, conjugada com a aposição ilegal de um falso atesto nas notas, concluir-se pela pratica de ilegalidade por parte da requerida.

Entretanto, não havendo referida prova nos autos, quanto à conduta comissiva desonesta e pautada pela má-fé de Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, destinada a locupletar ilicitamente a empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o Ministério Público Estadual não comprovou o fato constitutivo do direito de punir a requerida, razão pela qual a sentença, quanto a ela, não merece retoque.

Antônio Carlos Pereira Ratier

No que se relaciona ao requerido Antônio Carlos Pereira Ratier, Superintendente de Apoio Administrativo e Operacional da Secretaria de Estado de Coordenação Geral do Governo - SECOGE, à época do Governo de José Orcírio Miranda dos Santos, o Ministério Público Estadual lhe imputa a prática de ato ímprobo, porque solicitou e autorizou a abertura de licitação na modalidade concorrência, para contratação de Empresa de prestação de serviços de cobertura fotográfica, revelação e ampliação das ações do Governo do Estado, efetivou da reserva orçamentária, homologou e adjudicou o objeto do certame, determinando, inclusive, a emissão de nota de empenho.

Na contestação (f. 3504-3515), o requerido afirmou que todas as citações de seu nome na inicial do *parquet* referem-se a atos que eram de sua atribuição à época, sem qualquer menção ou demonstração de ter havido má-fé, condição necessária para a caracterização do ato de improbidade. Explicitou que os atos praticados era dever de ofício, sendo que o certame licitatório era de inteira responsabilidade da Central de Compras, Superintendência de Compras e Suprimentos, vindo a homologar o resultado confiando no parecer do assessor jurídico da referida Central de Compras. Dispôs que o pagamento pelos serviços prestados era ato vinculado, cujo processo era auditado pela unidade de auditoria interna, órgão que não era seu subordinado, o qual nunca apontou irregularidades. Não fosse suficiente isso, expôs que o próprio TCE julgou legais os processos de contratação e de termos aditivos, inclusive com pareceres prévios do Ministério Público de Contas, a reforçar a inexistência de qualquer ato de improbidade praticado por si.

A respeito deste requerido, o Juízo singular fez consignar na sentença (f. 3757) que:

> *"Inexistem elementos probatórios suficientes de que ele tenha concorrido de maneira decisiva para prática de ato de improbidade administrativa ao realizar as funções inerentes ao cargo que exercia (solicitação e abertura de licitação, homologação e adjudicação do objeto do certame, determinação e emissão de notas de empenho)".*

De fato, tal deliberação não merece reforma.

Como bem ponderado pelo julgador de primeiro grau, não subsiste nos autos prova de que o requerido Antônio Carlos Pereira Ratier, na condição de Superintendente de Apoio Administrativo e Operacional da Secretaria de Estado de Coordenação Geral do Governo – SECOGE, tenha praticado qualquer desvio de conduta ou finalidade, visando o direcionamento da licitação ou o enriquecimento ilícito da empresa E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me.

As condutas imputadas ao requerido em questão, em verdade, não ultrapassaram o que se apresentavam de ordinário para o cargo, dentro das atribuições que lhe foram conferidas.

Assim, é de se concluir que ao Ministério Público Estadual cabia aclarar cabalmente eventual conduta pautada de desonestidade do requerido, a fim de permitir-se o enquadramento da conduta em algum dos tipos de improbidade administrativa.

Entretanto, não havendo referida prova nos autos, no tocante à existência de conduta comissiva desonesta e pautada pela má-fé de Antônio Carlos Pereira Ratier, é de se concluir que o MP não comprovou o fato constitutivo do seu direito de promover punição em face do requerido, pelo que a sentença não deve ser reformada.

José Roberto dos Santos

Contra José Roberto dos Santos, também responsável pela certificação da prestação dos serviços, na forma de "*Atesto*", o Ministério Público Estadual lhe imputa a prática de ato de improbidade administrativa, porque o requerido atestava no verso das notas fiscais os recebimentos dos materiais ou serviços prestados pela empresa contratada, sem, no entanto, certificar-se da efetiva entrega ou prestação dos serviços, perspectiva esta que lhe colocaria na condição de ter concorrido para a prática das ilegalidades cometidas na execução do Contrato nº 007/2003.

Em sua defesa, realizada conjuntamente com a requerida Ana_Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, ele esclareceu que a prestação de serviço realizada pela empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME era de cobertura fotográfica, incluindo despesas com pessoal, equipamentos, transporte, revelação em papel ou digital, e que o pagamento não era feito por produção individual (número de fotografias, de viagens ou quilometragem de deslocamentos), mas sim por um preço pré-fixado pelo serviço demandado, cuja produção se dava diariamente, dia e noite, inclusive finais de semana e feriados, enviando-se a cobertura para divulgação na APN (Agência Popular de Notícias). Esclareceu que os serviços foram efetivamente prestados, caso contrário, o setor administrativo competente informaria o não recebimento do material publicitário.

A mesma inteligência empregada quando do julgamento da conduta da requerida Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares deve ser empregada nesta oportunidade.

Ora, se o pagamento da contratada era em valor mensal certo, para que a empresa tivesse condições de, em contraprestação, pagar todas suas despesas com material, entrega dos serviços, hospedagem, transporte, alimentação dos funcionários, devendo ficar à disposição 24 horas por dia, em qualquer localidade do estado, podendo ocorrer até 05 eventos simultâneos, é evidente que não teria outra maneira de o requerido em questão atestar a regularidade dos serviços e materiais prestados, mormente diante da inexistência de qualquer reclamação dos setores responsáveis pela captação do material.

Como salientado alhures, não haveria como exigir do requerido o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço ou material entregue pela empresa contratada para, somente após, atestar sua regularidade, já que se apresentaria humanamente impossível. Mesmo porque, supõe-se, não se

tratava do único contrato firmado pelo Estado em que o requerido atuou na referida função, de certificar a prestação dos serviços e entrega de materiais, na forma de "Atesto".

É de se concluir, então, que o *parquet* não demonstrou cabalmente a inexistência de prestação do serviço, a qual, conjugada com a aposição de um atesto nas notas, poderia acarretar a subsunção do fato à tipologia de atos de improbidade.

Não havendo, então, prova de conduta comissiva desonesta de José Roberto dos Santos, determinada a favorecer ilicitamente a empresa contratada pelo Estado (seja com dolo ou culpa), é de rigor manter irretocável a sentença que, quanto a ele, julgou improcedente o pedido inicial.

Alberto de Matos Oliveira e Ronaldo de Souza Franco

Em face de Alberto de Matos Oliveira e Ronaldo de Souza Franco, ambos representantes da Secretaria de Estado de Gestão Pública, o Ministério Público Estadual lhes imputa a prática de ato de improbidade administrativa, porque teriam subscrito, sem oposição, os termos aditivos que ampliaram o prazo do contrato celebrando entre a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME e o Governo do Estado, ensejando a perda patrimonial, desvio, apropriação e dilapidação de bens e haveres públicos, nada obstante era seu dever, de ofício, obstar o aditamento da avença.

Na defesa conjunta (f. 3490-3500), os requeridos esclareceram que não assinavam os contratos administrativos como contratantes, mas como intervenientes, sendo que os contratos e seus termos aditivos somente eram enviados aos secretários após a autoridade competente, contratante, realizar todas as medidas administrativas de praxe. Segundo sustentam, os contratos eram enviados para serem assinados e registrados no SIACON – Sistema de Acompanhamento de Contratos e Convênios, e não para análise de oportunidade e conveniência, sendo que inexistia atribuição do Secretário de Gestão Pública o direito ou "*dever de ofício*" em vetar qualquer contratação por parte de outra Secretaria.

Examinando detidamente os autos, é de se concluir que a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em face dos requeridos Alberto de Matos Oliveira e Ronaldo de Souza Franco não merece alteração.

Em meu sentir, não subsiste no inquérito juntado aos autos elemento de convicção que permita enquadrar a conduta dos requeridos (subscreverem, como intervenientes, termos aditivos de contrato administrativo) em qualquer dos tipos estabelecidos para atos de improbidade.

Ora, conforme se dessume do teor do Decreto nº 11.224/2003, a atribuição regulamentar dos requeridos se vinculava exclusivamente a questões de registro e acompanhamento, sendo dever subscrever os contratos e eventuais aditivos das outras Secretarias se todos os requisitos legais se encontravam presentes no processo administrativo.

Tanto o é que o art. 2º, §1º, do Decreto nº 11.224/2003, vigente à época, prescrevia que a subscrição, pelo Secretário de Gestão Pública, ocorreria após regular trâmite legal, ao estabelecer que

> *"A remessa dos contratos à Secretaria de Estado de Gestão Pública, para assinatura dos Secretários de Estado de Gestão Pública e de Receita e Controle, ocorrerá após a homologação e adjudicação pela autoridade competente do órgão ou entidade tomadora de serviços do resultado da licitação ou da publicação do ato de dispensa ou inexigibilidade".*

No caso, o procedimento licitatório questionado era na modalidade de pregão presencial e, neste, não subsistia qualquer menção na ata pela pregoeira de alguma anormalidade.

Desta forma, observando-se o princípio da confiança e da presunção de legalidade e legitimidade que informa os atos administrativos, à míngua de qualquer participação dos requeridos na fase interna e externa do procedimento licitatório, não poderiam eles, na qualidade de representantes da Secretaria de Gestão Pública, até mesmo por falta de competência, anular ou obstaculizar a formalização do contrato administrativo.

No mesmo sentido, se os termos aditivos foram encaminhados ao requerido devidamente instruídos com os documentos necessários exigidos por lei, como justificativa, parecer jurídico e autorização do Secretário de Estado de Coordenação Geral, como exige o artigo 57, § 2º da Lei de Licitações, não poderiam os requeridos pressupor que os aditivos tinham finalidade diversa que não a continuidade do serviço contratado.

Até porque, exigir dos representantes da Secretaria de Gestão Pública o exame meritório de todos os contratos e aditivos de todas as outras pasta, para, somente após, subscrever como intervenientes, além de descumprir normas de atribuição, apresentaria-se humanamente impossível, visto que, presume-se, não se tratava do único contrato firmado pelo Estado em que os requeridos atuaram como invervenientes.

Logo, sem evidenciar a conduta omissiva ou comissiva dos requeridos Alberto de Matos Oliveira e Ronaldo de Souza Franco, destinada ao favorecimento da empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o Ministério Público não logrou demonstrar o fato constitutivo do direito à pretensão punitiva, cujo ônus lhe cabia, razão pela qual é de se manter irretocável a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em relação aos dois acusados.

Oscar Ramos Gaspar

Quanto ao requerido Oscar Ramos Gaspar, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de: 1) ter solicitado autorização para realização de termo aditivo de 25% sobre o valor global do instrumento, sob o falso argumento atender à demanda suplementar de cobertura fotográfica gerada pelo aumento de eventos do Governador do Estado; 2) ter solicitado, sem plausíveis razões, autorizações para realização de termos aditivos de prazo, do Contrato nº 007/2003; 3) ter sido responsável, também, pela certificação da prestação dos serviços, na forma de "Atesto"; 4) ter sido o mentor das especificações constantes dos documentos denominados "Proposta Detalhe" e "Consulta de Preços" referentes a licitação objeto destes autos, por solicitação do réu Paulo Roberto Duarte.

O requerido, conjuntamente com Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares e José Roberto dos Santos, apresentaram defesa prévia (f. 2858-2860) e contestação (f. 3479-3485), onde refuta os argumentos do Ministério Público, realçando que "*todos os serviços pagos que tenham sido atestados como recebidos por parte destes peticionários, foram efetivamente confeccionados e entregues nos órgãos públicos solicitantes, cumpriram sua finalidade e não trouxeram qualquer prejuízo financeiro aos cofres públicos*".

Analisando detidamente os autos e os elementos de convicção carreados pelo *Parquet* com o Inquérito Civil nº 002/2007, não se há de vislumbrar qualquer prova da existência de falsidade nos argumentos quanto à necessidade de termo aditivo de 25% sobre o valor global do contrato, e de termo aditivo de prorrogação do prazo de execução dos trabalhos.

Ora, se houve necessidade de aumento do valor global do contrato para fazer frente ao aumento de demanda e de prorrogação do prazo do contrato, cujos termos, após todos os trâmites legais, acabaram por serem chancelados por todas as autoridades administrativas e de controle, com amparo na legislação de regência (Lei de Licitações), não se há de imputar ao agente encarregado da subscrição do pedido qualquer ato de improbidade.

Até porque, as solicitações de ampliação de prazo e de aumento do valor global não criam direitos e nem obrigam o Estado, tendo em vista que, em momento posterior, seguem-se rígidos trâmites administrativos para verificação da possibilidade e da legalidade, a demonstrar que não haveria qualquer razão para imputar ao solicitante eventual desonestidade ou prejuízo pelo simples fato de subscrever a solicitação.

Saliente-se que o Ministério Público, no caso, apenas erige conjecturas acerca da existência de conluio, sem comprovação de que efetivamente houve direcionamento ou atos espúrios na busca de favorecimento da empresa contratada.

Logo, não se poderia sequer concluir que, de fato, teria o requerido sido o mentor das especificações constantes dos documentos denominados "Proposta Detalhe" e "Consulta de Preços" referentes a licitação objeto destes autos, por solicitação do réu Paulo Roberto Duarte.

Trata-se uma vez mais de conjectura que não restou comprovada pelo órgão acusador, a tornar incabível qualquer acolhimento desta argumentação.

No tocante à subscrição das notas, na forma de "Atesto", a mesma inteligência empregada quando do julgamento da conduta da requerida Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares e do requerido José Roberto dos Santos, deve ser empregada nesta oportunidade.

Vale dizer, se o pagamento da contratada era em valor mensal certo, para que a empresa tivesse condições de, em contraprestação, pagar todas suas despesas com material, entrega dos serviços, hospedagem, transporte, alimentação dos funcionários, devendo ficar à disposição 24 horas por dia, em qualquer localidade do estado, podendo ocorrer até 05 eventos simultâneos, é evidente que não teria outra maneira de o requerido em questão atestar a regularidade dos serviços e materiais prestados, mormente diante da inexistência de qualquer reclamação dos setores responsáveis pela captação do material.

Não haveria como exigir do requerido o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço ou material entregue pela empresa contratada para, somente após, atestar sua regularidade, já que se apresentaria humanamente impossível.

Mesmo porque, pressupõe-se, não se tratava do único contrato firmado pelo Estado em que o requerido atuou na referida função, de certificar a prestação dos serviços e entrega de materiais, na forma de "*Atesto*".

Por todas estas circunstâncias, conclui-se que, inexistindo prova de conduta comissiva desonesta de Oscar Ramos Gaspar, inclinada a favorecer ilicitamente a empresa contratada pelo Estado (seja com dolo ou culpa), a sentença que, quanto a ele, julgou improcedente o pedido inicial deve permanecer irretocável.

José Orcírio Miranda dos Santos

Em relação ao requerido José Orcírio Miranda dos Santos, Governador do Estado de Mato Grosso do Sul à época, o Ministério Público Estadual lhe imputa o suposto ato ímprobo de desviar verbas do erário público, por intermédio da empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, beneficiando seus amigos pessoais Luiz Ernesto Cáceres Franco e Nélcia Rita Cardoso de Andrade Franco (Nélcia do PT), através do Contrato Administrativo nº 007/2003, já que, mesmo que não tenha participado formalmente da avença, tinha pleno conhecimento e não impediu os desvios de dinheiro público, proporcionando enriquecimento ilícito da empresa contratada.

O requerido contestou a ação (f. 3579-3629), e, basicamente, negou qualquer participação nos supostos atos praticados pelos demais requeridos, afirmando que nenhuma das pessoas ouvidas no curso das investigações, afirmou ter presenciado ou mesmo ter tido contato direto com algum elemento de convicção

que indicasse o envolvimento do ora contestante na pratica dos atos narrados na inicial, pelo que seria descabido até mesmo o recebimento da ação em seu desfavor.

Sobre este requerido, a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 3959-3986), asseverou que:

> *"Apesar de relatos sobre a relação de proximidade entre o então Governador, José Orcírio Miranda dos Santos, e os proprietários da E. F. Laboratórios e Fotos ME (f. 207-208), temos que o conjunto probatório não revelou quaisquer elementos suficientes para demonstrar a participação ou quaisquer tipos de ingerência do apelado José Orcírio no intento em testilha, tampouco há informação sobre eventuais proveitos por ele obtidos, razão pela qual a sua absolvição deve ser mantida".*

Sobre tal requerido, o Juízo singular assim se posicionou (f. 3766):

> *"Lendo minuciosamente a inicial e a defesa, tenho que razão assiste ao requerido, porquanto não há como atribuir a ele, qualquer participação no suposto direcionamento do processo licitatório para beneficiar a empresa E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda.*
>
> *Tampouco existe prova de que ele tenha concorrido de maneira decisiva para prática de ato de improbidade administrativa relativa a celebração contrato nº 007/2003, da qual sequer participou.*
>
> *Assim, não há elemento probatório suficiente de que o requerido José Orcírio Miranda dos Santos, como Governador do Estado, tenha sido conivente com o suposto direcionamento de licitação e enriquecimento ilícito da empresa E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME."*

Examinando detidamente as razões postas na petição inicial do *parquet*, em cotejo com os elementos de convicção carreados aos autos pelo Inquérito Civil nº 002/2007, é de se concluir que, efetivamente, não subsiste possibilidade de vincular o requerido em questão aos fatos relatados na inicial, mostrando-se imperioso, de forma uníssona com a sentença e parecer da PGJ, manter a improcedência do pedido em face do requerido.

Isso porque, nenhum dos indícios colhidos no Inquérito Civil nº 002/2007 vinculam a participação do requerido José Orcírio Miranda dos Santos na consecução de atos ou de omissões, visando o favorecimento da empresa E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me.

Como já amplamente esclarecido quando da deliberação em face dos outros requeridos, da formalização da licitação em questão até a subscrição do contrato e sua execução, os expedientes seguiram todos os tramites legais, transpassando todas as secretarias competentes, a tornar ineludível que nem sequer como interveniente o então Governador do Estado participou.

Por certo, não se haveria de chancelar um decreto condenatório por ato de improbidade pautando-se tão somente pela presunção de que haveria irregularidades na contratação pela simples existência de um suposto laço de amizade entre o Governador e os proprietário da empresa contratada.

A prova do alegado favorecimento por atos do então Governador do Estado não constou do Inquérito Civil nº 002/2007 e, quando instado a especificar outras provas que pretendia produzir em juízo, o Ministério Público permaneceu silente.

Nesta senda, não comprovado o fato constitutivo do direito de impor sanção por improbidade, é medida imperiosa manter irretocável a sentença que, quanto ao requerido, julgou improcedente o pedido inicial.

Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco; Luiz Ernesto Cáceres Franco; Suelen Rita Cardoso de Andrade; e E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me

No que relaciona os requeridos Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco, Luiz Ernesto Cáceres Franco, Suelen Rita Cardoso de Andrade e E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me, o Ministério Publico acusou-os da prática de ato de improbidade, vez que, Nelcia e Luiz Ernesto, na condição de sócios-proprietários da empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, e Suelen, como sua representante e sucessora de Nelcia no quadro societário, firmaram com o Governo do Estado o multicitado Contrato nº 007/2003 para promoção de serviços fotográficos, sendo beneficiados com o direcionamento do processo licitatório, assim como com os termos aditivos de aumento de preço global e de prazo do referido contrato. A razão do direcionamento estaria atrelada ao fato de proprietários serem amigos do então Governador à época, José Orcírio Miranda dos Santos. Outras supostas irregularidades apontadas pelo *Parquet* referem-se à emissão de notas fiscais sem a "*Autorização de Impressão de Documentos Fiscais – AIDF*", assim como à utilização de bens públicos em serviço particular, como telefone e outros materiais e de irregularidades na prestação do serviço contratado.

Na contestação conjunta (f. 3517-3530), os requeridos afirmaram que: 1) não tiveram enriquecimento ilícito e nem auferiram vantagem pessoal em face de suas relações pessoais e políticas, tanto que, a despeito da quebra de sigilo fiscal e bancário promovido pelo órgão acusador, nada foi carreado aos autos no sentido da percepção de valores ilegais; 2) com a transição de governo, houve rescisão do contrato com mútua quitação, perspectiva que reforça que os serviços foram prestados e as obrigações do Estado foram quitadas regularmente; 3) a licitação não foi direcionada, tanto que a vitória ocorreu após ampla disputa de lances e inabilitação daquela que havia logrado o primeiro lugar; 4) os aditamentos de valor e prazo estão em consonância com as normas da Lei de Licitações, vindo a contratação e os aditivos a serem aprovadas pelo TCE/MS, a demonstrar sua legalidade; 5) era obrigação contratual da empresa ocupar espaço da subsecretaria de comunicação, sendo que, além de prestar os serviços exclusivamente ao Estado, houve posterior correção da irregularidade (aposição do telefone do Estado em notas fiscais); 6) a eventual ausência ou vencimento de certidões representa mera irregularidade sanável, que não podem ser alçadas à qualidade de ato de improbidade; 7) o contrato foi firmado sob natureza de empreitada por preço global, pelo que não cabia discriminar o quantitativo e natureza dos serviços na nota fiscal; 8) nada obstante a requerida Nelcia tenha equivocadamente ingressado na sociedade posteriormente, não há qualquer indício de que, com isso, houve favorecimento da empresa, tanto que houve redução posterior do valor do contrato em 25%.

A despeito da ampla gama de deduções realizadas pelo Órgão Ministerial, embasadas nos elementos colhidos no Inquérito Civil nº 002/2007, não subsiste nos autos prova da ocorrência de atos ilícitos praticados pelos ora requeridos, que autorize o enquadramento destes na tipologia própria da improbidade.

O procedimento licitatório em questão fora realizado na modalidade de pregão presencial e, em sua realização, houve a participação efetiva de outras empresas do ramo de fotografia, sem qualquer menção, na ata, pela pregoeira, de alguma anormalidade.

Ao que se vislumbra dos autos, apesar das alegações de irregularidades apontadas pelo *Parquet*, houve efetiva prestação de serviço pela empresa contratada, com amplo atendimento do Governo do Estado, 24 horas por dia, sem qualquer indício de que os pagamentos realizados por força do contrato tenham ocorrido sem a prestação dos serviços.

Andou bem, neste ponto, o Juízo singular ao consignar no *decisum* que os requeridos "*lograram êxito em demonstrar que o contrato em questão era por empreitada global, o qual foi devidamente cumprido e em sua rescisão não houve qualquer questionamento acerca da execução do mesmo*".

De fato, a avença firmada entre o Estado e a empresa E. F. Laboratórios e Fotografias Ltda-ME, pelo que se pode observar do Contrato nº 007/2003, à f. 1015-1023, fora prestado sob a forma de execução indireta, nos termos do quanto permitido pelo art. 6º, VIII, da Lei nº 8.666/93.

Nesta senda, ao Estado cabia o pagamento de parcelas mensais e, por sua vez, cabia à empresa contratada, conforme Cláusula Quinta do contrato (f. 1017) disponibilizar amplo material para a execução dos serviços por seus fotógrafos, cabendo-lhe adimplir as despesas com material, entrega dos serviços, hospedagem, transporte, alimentação dos funcionários, devendo ficar à disposição 24 horas por dia, em qualquer localidade do estado, podendo ocorrer até 05 eventos simultâneos. Cabia a contratada, inclusive, instalar laboratório nas dependências da Subsecretaria de Comunicação.

Se este era o objeto do contrato, cujas prestações da empresa eram amplas e difusas, inclusive com necessidade de se promover a instalação de um núcleo de apoio dentro da Governadoria, justifica-se a emissão de nota fiscal sem apresentação de quantitativo ou apontamento de serviços específicos, assim como a utilização circunstancial das dependências da Subsecretaria de Comunicação para a atividade.

Não há nos autos, é bom observar, elemento indicativo sólido de que a empresa prestou serviço para particulares, valendo-se do posto de atendimento inserido na Subsecretaria de Comunicação, perspectiva esta que, então, poderia ensejar eventual aplicação de sanção.

No que toca à participação da requerida Nelcia na sociedade, ao ser nomeada para cargo de confiança no Setor de Recursos humanos da Secretaria de Estado de governo, nada obstante apresente-se como uma irregularidade, tal não pode ser classificada, aqui, como ato de improbidade.

Até porque, a requerida em questão transferiu suas cotas sociais para a requerida Suelen, afastando-se do quadro societário da empresa, não havendo nos autos elementos que apontem a existência nexo de causalidade de tal alteração contratual da empresa com favorecimentos.

Por seu turno, como bem apontado pelo magistrado da instância anterior "*não há qualquer indício nos autos de que Nélcia tenha tido alguma influência quando da realização da licitação*".

Por todo o quanto explicitado neste voto, conclui-se que o Ministério Público Estadual não logrou erigir provas de que efetivamente houve ilegalidade nas fases da licitação, subscrição do contrato e execução deste, tudo a permitir a manutenção integral da sentença que julgou improcedente o pedido inicial em face dos requeridos.

Ainda que assim não fosse, sabe-se que a simples constatação da ilegalidade 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 apena despreparado ou inábil. Neste sentido, inclusive exigindo a presença de prejuízo ao erário, veja-se:

> *"(...) A improbidade prevista no art. 11 da Lei 8429/92 deve ser analisada com bom senso, de modo a verificar se o administrador agiu com alguma desonestidade ou má-fé, pois não é a simples ilegalidade ou irregularidade formal que irá tipificar o ato ímprobo. 2 - Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça já julgou que a lei de improbidade objetiva alcançar o administrador desonesto ou corrupto, e não aquele apenas inábil ou despreparado* (REsp 213.994-0/MG; REsp 758.639/PB)." (TJPR - 5ª C.Cível - AC 0532959-5 - Astorga - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Rogério Ribas - Unanime - J. 10.02.2009).

A propósito, já tive a oportunidade de ementar, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMPRÉSTIMO DE CARTEIRAS ESCOLARES PARA UTILIZAÇÃO EM FESTA DE CASAMENTO EM FINAL DE SEMANA - AUTORIZAÇÃO DA PREFEITA ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU INTENÇÃO DESONESTA DOS RÉUS E PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO - SENTENÇA CORRETA PELA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. RECURSO IMPROVIDO A improbidade prevista na Lei 8429/92 deve ser analisada com bom senso, de modo a verificar se o administrador agiu com alguma desonestidade ou má-fé, pois não é a simples ilegalidade ou irregularidade formal que irá tipificar o ato ímprobo. O simples empréstimo de algumas carteiras escolares para serem utilizadas em um casamento realizado no fim de semana, não configura ato de improbidade administrativa, eis que não causou prejuízo ao erário. Ademais, não há nos autos prova convincente de que a Prefeita Municipal tenha agido de má-fé, com o intuito de beneficiar os noivos, em prejuízo do Município."* (Processo: 2008.025888-7; Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Bela Vista; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/04/2010; Data de registro: 27/04/2010)

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA EFETIVA DE FRAUDE A CERTAME PÚBLICO. ANULAÇÃO PARCIAL DE PARTE DO CONCURSO QUE SUPOSTAMENTE ESTARIA EIVADO DE VÍCIOS. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.*
>
> *Os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas não dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a administração pública ou enriquecimento ilícito do agente. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9° e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo, sendo que, nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais diz-se que possa a conduta do agente caracterizar-se via responsabilidade objetiva."* (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Ivinhema; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 25/11/2015)

In casu, como visto, se não se verificou a ocorrência de prejuízo ao erário em relação ao Contrato nº 007/2003, tendo em vista que os serviços contratados foram efetivamente prestados, tanto que, com a transição de governo e posse do Governador sucessor, houve rescisão do contrato com mútua quitação, certo é que a empresa contratada teria direito de receber pelos serviços prestados, sob pena de caracterizar-se enriquecimento ilícito da própria administração pública.

Assim, após perpassar por todos os elementos de convicção que subsidiam a presente ação civil pública, não vislumbro qualquer incongruência na sentença objurgada, pelo que deve ser mantida irretocável.

Dispositivo

Pelo exposto, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito a preliminar de não conhecimento por afronta ao princípio da dialeticidade, suscitada nas contrarrazões dos requeridos, para conhecer da apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual e, preliminarmente, afastar a arguição de implemento do trânsito em julgado da sentença em relação à Salete Terezinha de Luca, bem como, no mérito, negar provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em face de José Ricardo Pereira Cabral, Nelinton Cardoso Braff, Paulo Roberto Duarte, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, Antônio Carlos

Pereira Ratier, E.F. Laboratórios e Fotografias Ltda – Me, José Orcírio Miranda dos Santos, José Roberto dos Santos, Luiz Ernesto Cáceres Franco, Nelcia Rita Cardoso Andrade Franco, Oscar Ramos Gaspar, Ronaldo de Souza Franco, Suelen Rita Cardoso de Andrade e Alberto de Matos Oliveira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0020456-46.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – DISPOSITIVO DA SENTENÇA OMISSO – INTEGRAÇÃO – § 3º DO ART. 515 DO CPC/73 APLICADO POR ANALOGIA.

Para evitar eventual nulidade e em atenção ao princípio da instrumentabilidade das formas e máximo aproveitamento dos atos processuais, de ofício, integra-se o dispositivo da sentença, para fazer constar questões apreciadas em seu inteiro teor. Aplicabilidade por analogia do § 3º do art. 515 do CPC/73.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – REQUISITOS QUE DEVEM SER VERIFICADOS EM CONJUNTO – AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A posse *ad usucapionem* deve ser demonstrada em todos os seus requisitos – exercício manso, pacífico, ininterrupto, com ânimo de dono – para possibilitar a declaração de domínio. No caso, não se verifica o requisito do *animus domini,* uma vez que o autor ocupou o imóvel inicialmente porque morava com seu avô, o qual detinha sua guarda e era proprietário do bem, depois que este desocupou o imóvel por liberalidade deste e em conjunto com seus primos.

APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ESBULHO CONFIGURADO APÓS A MORTE DO PROPRIETÁRIO E AUTOR DA HERANÇA – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – NÃO DEMONSTRADAS – AUSÊNCIA DE DIREITO DE RETENÇÃO - *VEDATIO IN PEJUS* – INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DO IMÓVEL – DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Verificado que após a morte do proprietário, autor da herança, a posse do requerido deixou de ser de boa-fé, caracterizando-se o esbulho, a ação de reintegração de posse deve ser julgada procedente.

Reconhecido na sentença o direito à indenização por benfeitorias, apesar de inexistir fundamentos para o deferimento de tal pretensão, em razão do *vedatio in pejus*, mantenho o *decisum* nesse ponto.

O direito dos autores da reintegração à indenização pela fruição do imóvel é devido, porquanto tem a finalidade de recompor os prejuízos suportados pelo autor durante o período em que o apelante permaneceu na posse do imóvel de forma irregular.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de junho de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Paulo César de Souza Motta, nos autos de ação de usucapião que ajuizou em desfavor do Espólio de Manoel Dias da Mota e nos autos de ação de reintegração de posse que este ajuizou em seu desfavor, inconformado com a sentença que analisou em conjunto ambas as ações, julgando improcedente o pedido de usucapião e procedente o pedido de reintegração de posse, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Sustenta, em síntese: (a) que, quanto ao prazo da usucapião, o dispositivo a ser aplicado no caso não é o art. 2.028 do Código Civil, mas sim o art. 2.029 do mesmo *codex,* que trata justamente da transição, e que por sua vez regula o tempo do art. 1.238, parágrafo único, do NCC (art. 2.029. Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior.); (b) que, no caso, o proprietário tinha que ter exercido o direito de impugnar a posse até 11/01/2005 (dois anos após a entrada em vigor do NCC – 11/01/2003), mas somente o fez em 01/04/2009, quando do ajuizamento da ação de reintegração de posse e após o autor ajuizar a ação de usucapião (02/03/2009), concluindo-se, portanto, que não se aplica a regra da metade do prazo prevista no art. 2.028 do NCC, mas sim a regra de transição prevista no art. 2.029; (c) quando do ajuizamento da ação já havia transcorrido 12 (doze) anos de posse, assim como estavam preenchidos os demais requisitos do art. 1.238 do NCC; (d) equivocado o magistrado quando afirma que era o autor que deveria ter entrado com a ação de usucapião dentro do prazo de dois anos previsto no art. 2.029 do NCC, pois esse prazo é da posse, ou seja, quem pretende usucapir tem que aguardar esse prazo para entrar com a ação; (e) não procede a afirmação de que o autor/apelante era condômino do imóvel usucapiendo e que por isso não tem direito a essa forma de aquisição, sendo que somente no rol taxativo das causas que suspendem ou interrompem a prescrição aquisitiva é que se pode falar em improcedência; (f) o fato de terem outros herdeiros morado no imóvel não desnatura a posse do autor, posto que somente ele permaneceu no imóvel, detendo a posse do mesmo por 12 (doze) anos, logo, tem direito de usucapir, sendo inaplicável ao caso o art. 1.784 do NCC; (g) que em relação à reintegração de posse, julgada procedente, pelos fundamentos já expostos, a sentença deve ser reformada; (h) caso seja mantida a sentença quanto ao usucapião e à reintegração de posse, o autor deverá ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas no imóvel durante todo o período da posse, pois jamais permaneceu no imóvel em situação de má-fé, vez que o fato de o avô do apelante ter morrido e/ou espólio ter ingressado com a ação de reintegração de posse, não desnatura a boa-fé; (l) a má-fé somente poderia ser imputada ao apelante caso fosse ele intimado para desocupar o imóvel e não o fizesse, sendo que o apelante também é herdeiro sendo a ele inaplicável o art. 1.022 do NCC; (m) não há falar em co-possuidores a fazer incidir o art. 1.099 do NCC, pois quando do ajuizamento da possessória o apelante estava há muito tempo na posse exclusiva do imóvel, com *animus domini,* não havendo falar, portanto, em dever do autor em pagar aluguel pelo uso do imóvel; (n) tem direito a ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas no imóvel, sob pena de enriquecimento indevido dos demais herdeiros; (o) deve ser reconhecido seu direito de retenção, nos termos do art. 1.219 do NCC. Ao final, requereu o provimento do recurso, a fim de, em se reformando a sentença, julgar-se procedente o pedido da ação de usucapião e improcedente o pedido da ação de reintegração de posse ou, alternativamente, para que seja declarada sua boa-fé e o direito de ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas durante toda a posse do imóvel, declarando seu direito de retenção, na forma do art. 1.029 do NCC, afastando a declaração de direito de o apelado receber aluguel a título de indenização.

Nos autos da ação de usucapião foram apresentadas contrarrazões às fls. 415-420 e nos autos da ação de reintegração o prazo transcorreu *in albis* (Certidão de fl. 279).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Consoante relatado, Paulo César de Souza Motta, nos autos de ação de usucapião que ajuizou em desfavor do Espólio de Manoel Dias da Mota e nos autos de ação de reintegração de posse que este ajuizou em seu desfavor, inconformado com a sentença que analisou em conjunto ambas as ações, julgando improcedente do pedido de usucapião e procedente o pedido de reintegração de posse, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Direito intertemporal – CPC/73

Embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, certo é que, em razão de os recursos terem sido interpostos na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (09.03.2015 e 08.04.2015), são as regras desse *códex* que devem ser consideradas neste julgamento.

A propósito da matéria, acerca do direito intertemporal na seara recursal, bem esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, comentando o art. 14[1] do NCPC/2015, *in verbis*:

> *"A exata compreensão da distinção entre efeito imediato e efeito retroativo da legislação leva à necessidade de isolamento dos atos processuais a fim de que saiba se a aplicação da legislação nova importa efeito imediato ou efeito retroativo. A observação ganha em importância a propósito da aplicação da lei nova a situações pendentes. O que interessa é saber se do ato processual advém ou não direito para qualquer dos participantes do processo. Vale dizer: releva saber se há ou não direito adquirido processual. Nesse caso, a lei nova tem de respeitar a eficácia do ato processual já praticado. O exemplo clássico encontra-se no direito recursal. A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente – aguarda-se a interposição ou não do recurso. O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação."*[2]

Pelo visto, consoante entendimento dos referidos juristas, aplica-se ao caso o direito vigente quando da intimação do interessado "*abertura do prazo recursal*".

Referido posicionamento possui respaldo, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, que, antevendo as dificuldades próprias do momento de transição entre os Códigos revogado e vigente, estabeleceu, dentre outros, o enunciado administrativo nº 2, estabelecendo:

> *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativo a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."*

Assim, considerando que a sentença objeto do presente recurso de apelação cível foi publicada no Diário de Justiça na data de 20/02/2015 e 31.03.2015 (f. 244 da ação de reintegração e fl. 381 da ação de usucapião), impõe-se a aplicabilidade integral do Código de Processo Civil de 1973 ao caso.

Feita esta nota introdutória, passo ao exame da matéria devolvida.

1 Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** - 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 166.

Breve relato da lide

Paulo César de Souza Motta ajuizou, na data de 02/03/2009, ação de usucapião em desfavor do Espólio de Manoel Dias da Motta, objetivando a posse *ad usucapionem* do imóvel – Lote nº 32, Quadra 4, da Vila Duque de Caxias, Campo Grande, objeto da Transcrição nº 51.084 (fl. 211 do Livro 3-AS do Registro de Imóveis da 1ª circunscrição da comarca de Campo Grande – no qual afirmou residir há mais de 15 (quinze) anos com sua família.

A contestação foi oferecida às fls. 146/155, afirmando que o autor é neto do *de cujus* – Manoel Dias da Motta – sendo o imóvel o único bem deixado por este e que no juízo das sucessões foi deferida a venda do imóvel.

Após, em 01/04/2009, o requerido – Espólio de Manoel Dias da Motta - propôs ação de reintegração de posse em face do autor da ação de usucapião – Paulo César de Souza Motta – alegando que o imóvel em questão foi o único bem deixado pelo *de cujus* e que, desde a abertura da sucessão, a posse de Paulo César deixou de ser mansa e pacífica.

Após os tramites normais dos processos, sobreveio a sentença que julgou em conjunto referidas ações, julgando improcedente o pedido formulado na ação de usucapião e procedente o pedido formulado na ação de reintegração de posse -, ordenando a reintegração do espólio na posse do imóvel objeto da lide.

Transcrevo trechos do *decisum* objurgado:

> *"1. Do usucapião*
>
> *(...)*
>
> *Como se vê, os documentos juntados na inicial, somente demonstram o exercício de posse do autor, sobre o imóvel, a partir de janeiro de 1991 (f. 41), sendo todos posteriores àquela data.*
>
> *(...)*
>
> *Não há, portanto, prova da existência de posse do autor por lapso temporal suficiente para a ocorrência de prescrição aquisitiva por usucapião, na forma do art. 1.238, Par. único, do Código Civil.*
>
> *(...)*
>
> *Como se vê, além do autor não ter provado o exercício de posse por lapso temporal suficiente para aquisição do domínio por usucapião, restou inequivocadamente provado, pelos documentos de f. 229/280, que o autor (condômino do imóvel usucapiendo, nos termos do art. 1.784 do CC de 2002, com os demais herdeiros do espólio-réu), não exerce a posse com exclusividade, na forma exigida pelo remansoso entendimento jurisprudencial, para que o condômino obtenha o usucapião da coisa comum.*
>
> *Por fim, exsurge das provas dos autos que, embora tenha sido criado pelo avô, Manuel dias Motta (f. 180), e com ele residido no imóvel objeto da lide por vários anos, durante todo esse tempo e mesmo após a saída de Manoel do imóvel, em 2000, o autor nunca exerceu posse com animus domini, apta a ensejar a aquisição do domínio por usucapião.*
>
> *(...)*

Assim, como os autores não provaram, como lhe incumbia, nos termos do art. 333, I, do CPC, que, por ocasião do ajuizamento da ação, já havia exercido posse ad usucapiendo pelo prazo do art. 550 do CC de 1916 (aplicável, no caso, por força dos arts. 1.238 e 2.028 do CC de 2002) e, como, por outro lado, restou provado que, sendo condômino do imóvel objeto da lide, o autor, há anos, não exerce posse com exclusividade, mas em composse com outros condôminos (ou filhos de condômino), impõe-se, inexoravelmente, a improcedência do seu pedido de declaração do domínio, pelo usucapião extraordinário.

(...)

II. Da reintegração de posse

O Espólio de Manoel Dias da Motta propôs ação de reintegração de posse contra o autor Paulo César de Souza Motta (Proc. nº 0373987-08.2008.8.12.0001), aduzindo que o imóvel denominado Lote 34, da Quadra 4, da Vila Duque de Caxias (f. 17) foi o único bem deixado pelo falecimento do inventariado, e que, no imóvel, foram edificadas três casas, todas ocupadas pelo réu e sua família.

Asseverando que desde a abertura da sucessão de Manoel, a posse do autor deixou de ser mansa e pacífica, sendo, outrossim, injusta e não autorizada pelos demais herdeiros do falecido, pede a sua reintegração na posse do bem. Citado, o réu Paulo César ofereceu contestação, às f. 194/203, afirmando que, desde 1991, exerce posse ad usucapionem sobre o imóvel, que estava abandonado e no qual havia uma casa de madeira.

Aduzindo que adentrou no imóvel e nele passou a viver com sua família, tendo nele construído mais duas casas; que ainda reside no imóvel e que tem direito à aquisição do domínio, por usucapião, nos termos do art. 1.238, Par. único, do Código Civil, requereu a improcedência do pedido de reintegração de posse.

O réu Paulo César, pelas razões exaustivamente expostas, não tem direito à aquisição do domínio do imóvel por usucapião, conforme acima decidido. Embora Paulo César viesse, há tempos, exercendo posse sobre o imóvel, com a ciência e a tolerância do seu avô, titular do domínio, após a morte dele, em 2004, ocorreu, por força do art. 1.784 do Código Civil, a imediata transmissão do domínio e da posse do imóvel a todos os herdeiros e, consequentemente, a automática instauração de um condomínio pró-indiviso, do imóvel, entre todos os herdeiros de Manoel Dias da Motta.

Destarte, conquanto Paulo César exercesse posse justa e de boa-fé (arts. 1.200 e 1.201 do CC), após a morte do titular do domínio e a instauração automática do condomínio pró-indiviso sobre o imóvel, a posse de Paulo, assim como a de seus primos Marcos Kley e Ilço, com a exclusão dos demais condôminos, herdeiros de Manoel, passou, nos termos do art. 1.202 do CC, a ser injusta e da má-fé, configurando esbulho, pois, consoante a expressa disposição do art. 1.199 do Código Civil, "se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores".

Nestas condições, é perfeitamente possível ao espólio, representado por seu inventariante, lançar mão dos interditos contra um ou mais herdeiros que estejam impedindo a posse dos demais sobre a coisa comum.

Confira-se os seguintes julgados, proferidos em casos análogos:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE SOBRE IMÓVEL RURAL EM CONDOMÍNIO – LIMINAR DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – REQUISITOS LEGAIS COMPROVADOS –

RECURSO IMPROVIDO. Estando presentes os requisitos do art. 927 do CPC, deve ser deferida a liminar de reintegração de posse. Quando o bem em litígio é "pro indiviso" é injusta a posse exercida por um dos coproprietários (ou compossuidores) que priva os demais de exercerem a posse sobre o referido bem, caracterizando-se o esbulho." (4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1412531-41.2014.8.12.0000 – Inocência, rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j. 27/1/2015)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL RURAL – ESPÓLIO – ESBULHO PRATICADO POR UM DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS – LIMINAR CONCEDIDA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC – RECURSO IMPROVIDO. I – Em linha de princípio, pode o inventariante, em nome do espólio, promover ação de reintegração de posse contra herdeiro que praticar esbulho em bem da herança. II – O ordenamento jurídico pátrio, em regra, não admite o exercício arbitrário das próprias razões. III – Presentes os requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, há de se deferir medida liminar de reintegração de posse." (4ª Turma Cível, Agravo nº 2011.024800-6/0000-00 - Aparecida do Taboado, rel. Des. Josué de Oliveira, j. 27/9/2011)

Impõe-se, assim, inexoravelmente, a procedência do pedido de reintegração de posse, posto que presentes todos os requisitos de procedência da ação de reintegração de posse elencados no art. 927 do CPC, que dispõe, verbis:

"Art. 927. 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; a perda da posse, na ação de reintegração."

A posse do espólio autor sobre o bem, ocorreu, conforme já assentado, de forma automática e imediata, nos termos do art. 1.784 do Código Civil, com a morte do autor da herança, em 27/9/2004 (f. 168 dos autos do usucapião), estando, assim, satisfeito o requisito do inciso I. No mesmo momento, a posse justa e de boa-fé do réu (posto que consentida pelo falecido proprietário), perdeu este caráter (art. 1.202 do CC) e o exercício de posse, pelo réu, com exclusão dos demais condôminos e compossuidores, herdeiros do falecido Manoel, passou a infringir a norma do art. 1.199 do CC e caracterizar esbulho, restando, deste modo, demonstrada a satisfação dos requisitos dos incisos II e III.

Por fim, é incontroverso o fato de que o autor perdeu a posse sobre a parte do imóvel ocupada pelo réu, estando, destarte, satisfeito, também, o requisito do inciso IV, do art. 927 do CPC.

Considerando que o réu, como já assentado, exerceu posse de boa-fé sobre o imóvel até a morte de Manoel, em 27/9/2004, reconheço e declaro o direito do réu, nos termos do art. 1.219 do CC, à indenização pelas construções e benfeitorias que introduziu no imóvel até aquela data. Como a partir da morte de Manoel, o caráter da posse do réu, como também exaustivamente asseverado, transmudou-se para de má-fé, passando a caracterizar esbulho (arts. 1.202 e 1.199 do CC), imponho, por outro lado, ao réu, a obrigação de pagar ao espólio-autor, indenização pelo uso do imóvel, mediante o pagamento de aluguel, a partir de 27/9/2004.

A indenização devida ao réu pelas construções e benfeitorias e o aluguel, acima estabelecido, a ser pago pelo réu ao autor, deverão ser apurados em procedimento próprio e compensados entre si. Por fim, nego ao réu o direito de exercer a retenção pelas construções e benfeitorias, em primeiro lugar porque o exercício deste direito, certamente dificultaria sobremaneira a venda do imóvel, cuja pretensão já foi manifestada no processo de inventário.

A manutenção do réu no imóvel, até a efetivação da sua venda, acarretaria uma situação injusta e o enriquecimento sem causa do réu em detrimento de todos os demais herdeiros de Manoel Dias da Motta, uma vez que o réu ficaria habitando indefinidamente no imóvel, e a todos os demais herdeiros, impossibilitados de usar o bem, só restaria aguardar o aparecimento de um eventual interessado em comprar o bem, ocupado pelo réu.

Ademais, assim como tem direito à referida indenização, o réu está obrigado, por outro lado, a indenizar o autor pelo uso do imóvel desde a morte de Manoel e como estes créditos e débitos haverão de ser apurados e compensados, em procedimento próprio, não há como se concluir, neste momento, se após a compensação, o ora réu ainda será credor, ou se será devedor do espólio.

De todo modo, a retenção do imóvel pelas benfeitorias, pelo réu, resultaria, como visto, uma situação injusta, que somente o beneficiaria, acarretando, por outro lado, prolongado e considerável prejuízo a todos os demais herdeiros e condôminos da coisa, devendo, por isso, ser expressamente negado, neste momento, o direito do réu à retenção da coisa, pois, conforme decidiu o E. STJ, por sua C. 3ª Turma, o direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé não é absoluto. Pode ele ser limitado pelos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, de forma que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e indeterminável (REsp 613.387).

No mesmo acórdão, restou assentado: "O possuidor de boa-fé tem o direito de retenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter uma coisa não equivale a servir-se dela.

O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos, como se aluguel houvesse. Afigura-se justo que o proprietário deva pagar pelas acessões introduzidas de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os possuidores sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel.

Os créditos recíprocos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os retentores tenham da propriedade alheia."

IV. Dispositivo

Por tudo o que foi exposto:

I. julgo improcedente o pedido formulado por Paulo César de Souza Motta, na ação de usucapião dos Autos n.º 0013178-91.2009.8.12.0001, posto não ter o autor provado, por ocasião do ajuizamento da ação, haver exercido posse sobre o imóvel usucapiendo pelo prazo de 20 anos, exigido no art. 550 do CC de 1916, c.c. os arts. 1.238 e 2.208 do CC de 2002, para a aquisição do domínio pelo usucapião extraordinário, bem como ter restado provado que o autor, condômino do imóvel objeto da lide, não exerce posse exclusiva e nem exerceu posse com animus domini, anteriormente a 2004;

II. julgo procedente o pedido formulado pelo Espólio de Manoel Dias da Motta, na Ação n.º 0020456-46.2009.8.12.0001, e, com fundamento no art. 927 do CPC, ordeno a reintegração do espólio na posse do imóvel objeto da lide, devendo, para tanto, ser expedido o mandado para: a) a intimação do réu, Paulo César de Souza Motta e de todas as pessoas que estejam ocupando o imóvel usucapiendo, que deverão ser nominadas e qualificadas, para desocupá-lo voluntariamente, em 15 dias; b) a reintegração do espólio, na pessoa de seu inventariante, na posse do imóvel, caso não seja ele voluntariamente desocupado, no prazo acima fixado. Com fundamento no art. 20 do CPC, condeno Paulo César de Souza

Motta, sucumbente na ação de usucapião e na ação possessória, no pagamento ao Espólio de Manuel Dias da Motta, das despesas por ela antecipadas em ambos os processos e de honorários advocatícios, que, nos termos do #˜ 4º do art. 20 do CPC, fixo, também para ambos os processos, em R$ 10.000,00 (dez mil reais), ficando, contudo, sobrestada a exigibilidade desta condenação, nas condições e pelo prazo do art. 12 da Lei 1.060/50, por ser, o sucumbente, beneficiário da Assistência Judiciária (f. 82 do usucapião). Publique-se. Registre-se. Intimem-se. " (*sic*. fl. 364-372).

Inconformado com a referida sentença, o auto, Paulo César Souza Motta, interpôs recurso de apelação às fls. 383-412, em que afirma, em síntese: (a) que o dispositivo a ser aplicado, em relação ao prazo da usucapião, não é o art. 2.028 do NCC, mas sim o art. 2.029 do mesmo *códex,* que trata justamente da transição, e que por sua vez regula o tempo do art. 1.238, parágrafo único, do NCC (art. 2.029. Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior.); (b) que no caso o proprietário tinha que ter exercido o direito de impugnar a posse até 11/01/2005 (dois anos após a entrada em vigor do NCC – 11/01/2003), mas somente o fez em 01/04/2009, quando do ajuizamento da ação de reintegração de posse e após o autor ajuizar a ação de usucapião (02/03/2009), concluindo-se, portanto, que não se aplica a regra da metade do prazo prevista no art. 2.028 do NCC, mas sim a regra de transição prevista no art. 2.029; (c) quando do ajuizamento da ação já havia transcorrido 12 (doze) anos de posse, assim como estavam preenchidos os demais requisitos do art. 1.238 do NCC; (d) equivocado o magistrado quando afirma que era o autor que deveria ter entrado com a ação de usucapião dentro do prazo de dois anos previsto no art. 2.029 do NCC, pois esse prazo é da posse, ou seja, quem pretende usucapir tem que aguardar esse prazo para entrar com a ação; (e) não procede a afirmação de que o autor/apelante era condômino do imóvel usucapiendo e que por isso não tem direito a essa forma de aquisição, sendo que somente no rol taxativo das causas que suspendem ou interrompem a prescrição aquisitiva é que se pode falar em improcedência; (f) o fato de terem outros herdeiros morando no imóvel não desnatura a posse do autor, posto que somente ele permaneceu no imóvel, detendo a posse do mesmo por 12 (doze) anos, logo, tem direito de usucapir, sendo inaplicável ao caso o art. 1.784 do NCC; (g) que em relação à reintegração de posse, julgada procedente, pelos fundamentos já expostos, a sentença deve ser reformado; (h) caso seja mantida a sentença quanto ao usucapião e à reintegração de posse, o autor deverá ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas no imóvel durante todo o período da posse, pois jamais permaneceu no imóvel em situação de má-fé, vez que o fato de o avo do apelante ter morrido e/ou espólio ter ingressado com a ação de reintegração de posse, não desnatura a boa-fé; (l) a má-fé somente poderia ser imputada ao apelante caso fosse ele intimado para desocupar o imóvel e não o fizesse, sendo que o apelante também é herdeiro sendo a ele inaplicável o art. 1.022 do NCC; (m) não há falar em copossuidores a fazer incidir o art. 1.099 do NCC, pois quando do ajuizamento da possessória o apelante estava há muito tempo na posse exclusiva do imóvel, com *animus domini,* não havendo falar, portanto, em dever do autor em pagar aluguel pelo uso do imóvel; (n) tem direito a ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas no imóvel, sob pena de enriquecimento indevido dos demais herdeiros; (o) deve ser reconhecido seu direito de retenção, nos termos do art. 1.219 do NCC. Ao final, requereu o provimento do recurso, a fim de, em se reformando a sentença, julgar-se procedente o pedido da ação de usucapião e improcedente o pedido da ação de reintegração de posse ou, alternativamente, para que seja declarada sua boa-fé e o direito de ser indenizado por todas as benfeitorias realizadas durante toda a posse do imóvel, declarando-se seu direito de retenção, na forma do art. 1.029 do NCC, afastando a declaração de direito do apelado receber aluguel a título de indenização.

Às fls. 415-420 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação, pugnando pelo seu não provimento.

Do juízo de admissibilidade

Preenchidos os requisitos exigidos, conheço dos recursos e passo à análise de suas razões.

Considerado que as ações de usucapião e de reintegração de posse foram apreciadas em uma única sentença, aprecio os recursos interpostos em uma e outra, os quais repetem as mesmas razões, de forma conjunta.

Preliminar (de ofício): integração do dispositivo da sentença

No dispositivo, a sentença se limitou a julgar procedente o pedido de reintegração de posse, sendo que na fundamentação foi afirmado que se reconhecia o direito de indenização por benfeitorias feitas pelo requerido - Paulo César Souza Motta - enquanto no exercício de posse de boa-fé, assim como se reconheceu o direito à indenização pela fruição do imóvel, a ser paga ao autor – Espólio de Manoel Dias Motta -, durante o exercício da posse má-fé de Paulo César.

Assim, sendo requisito essencial da sentença que o dispositivo "*resolva as questões que as partes lhe submeterem"* (artigo 458, III do CPC/73 – correspondente ao art. 489, III, do NCPC), nele deveria constar expressamente, o reconhecimento à indenização por benfeitorias ao requerido da ação de reintegração de posse, assim como o reconhecimento do direito à indenização por fruição do imóvel ao autor, com valores a serem apurados em liquidação de sentença.

Trata-se de requisito formal, pois não prejudicou a pretensão das partes acerca do resultado do julgamento, posto que tal questão, sequer foi aventada por meio de recurso das partes.

Contudo, para evitar eventual nulidade, e em atenção ao princípio da instrumentalidade e máximo aproveitamento dos atos processuais, de rigor que o dispositivo sentencial seja completado, de ofício, agora em sede recursal.

Aplico, portanto, por analogia, o § 3º do art. 515 do CPC/73 (correspondente ao art. 1.013, §3º, III, do NCPC), a fim de integrar a sentença.

Sendo assim, de ofício, integro o dispositivo da sentença, para expressamente fazer constar:

> *"III. Reconheço o direito do requerido da ação de reintegração de posse - Paulo César Souza Motta - à indenização por benfeitorias realizadas no imóvel desde o início de sua posse (09/01/1991) até 27/09/2004, impondo-lhe, por outro lado, a obrigação de pagar ao espólio-autor, indenização pelo uso do imóvel, mediante pagamento de aluguel, a partir de 27/09/2004, data em que sua posse passou a ser de má-fé, valores a serem apurados em liquidação de sentença, inclusive no tocante ao valor do aluguel a ser considerado."*

Completado o dispositivo sentencial, passo ao exame em apartado dos recursos.

Da usucapião

Infere-se que o juiz singular concluiu pela improcedência do pleito autoral em razão de entender que não foram cumpridos os requisitos legais, posse exclusiva, *animus domini,* e lapso temporal, considerando para tanto, o prazo aquisitivo previsto no art. 550 do Código Civil/1916, sob o argumento de que à época da distribuição da ação, já havia transcorrido mais da metade do lapso temporal previsto na lei antiga, conforme estabelece a regra de transcrição prevista no art. 2.028 do Código Civil/2002.

A sentença recorrida deve ser mantida, ainda que por fundamento parcialmente distinto.

A posse *ad usucapionem* deve ser cabalmente demonstrada em todos os seus requisitos - exercício manso, pacífico, ininterrupto, com ânimo de dono - para possibilitar a declaração do domínio. Vale dizer que, a ausência de um só deles impede a aquisição do bem, independentemente da eventual presença dos demais.

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior quanto ao *animus domini*, trata-se do qualificativo da posse que evidencia, exteriormente, estar agindo o possuidor com o comportamento ou postura de quem se considera, de fato, proprietário da coisa. (Curso de Direito Processual Civil, Vol.III, p.162).

Mais adiante, acrescenta:

> *Na verdade, só há o ânimo de dono quando a vontade aparente do possuidor se identifica com a do proprietário, ou seja, quando explora a coisa com exclusividade e sem subordinação à ordem de quem quer que seja. (op. cit., p.163).*

Assim, é irrelevante averiguar se a posse do recorrente sobre o terreno *sub judice* foi no prazo legal, se não foi ininterrupta, sem oposição, de boa-fé e com ânimo de dono, ou vice-versa. A posse justa que se convalida em propriedade é aquela exercida pelo tempo estabelecido na norma de regência, cumulativamente com os demais elementos objetivos e subjetivos do instituto.

In casu, o juízo de primeira instância entendeu que o prazo aquisitivo a ser aplicado no caso é o de 20 (vinte) anos, conforme art. 500 do Código Civil/1916, prazo que deve ser completado até o ajuizamento da ação, o que não teria ocorrido no caso, uma vez que a posse iniciou em 1991 (documento de fl. 41), sendo a ação ajuizada em 02/03/2009.

O presente litígio cuida-se de usucapião extraordinário qualificado pela moradia habitual, alegada pela parte autora, cuja posse iniciou antes da vigência do atual Código Civil.

O art. 2.029 do atual CC, que dispõe especificamente sobre a contagem do prazo nos casos de usucapião extraordinário qualificado, está assim redigido:

> *"**Até dois anos após a entrada em vigor deste Código**, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916".* (Destaquei)

Já o art. 1.238 e seu parágrafo, tratando da usucapião no novo Código Civil, contêm a seguinte redação:

> *"Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*
>
> *Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".*

Analisando os citados dispositivos legais, fazendo uma interpretação teleológica[3] de seus termos, conclui-se que o legislador ordinário - em observância do que preceituam princípios de estatura constitucional - pretendeu atribuir regra de transição específica da usucapião extraordinário, se o possuidor houver

3 Buscar a finalidade da norma.

estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, aplicando-se a mesma regra ao art. 1.242, parágrafo único, que, por seu turno, possui comando análogo.

Segundo fundamentação utilizada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 1088082/RJ, em 02/03/2010,

> *"o propósito do legislador ao engendrar prazo e regra de transição diferenciados para o usucapião extraordinário, qualificado pela "posse-trabalho": a um só tempo, não se olvidar da segurança jurídica dos proprietários, até então inertes em seu direito de propriedade, e positivar em nível infraconstitucional um comando conformador da função social da propriedade."*

Esta conclusão veio inspirada numa interpretação do atual regramento civilista, inaugurado pelo Código Civil de 2002 contra o ordenamento jurídico anterior do CC de 1916, em que imperava o individualismo e a livre disposição do patrimônio, independentemente de prestígio à função social da propriedade.

Assim, à luz da orientação da jurisprudência do STJ, o art. 1.238, parágrafo único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses *ad usucapionem* já iniciadas, "qualquer que seja o tempo transcorrido" na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002.

A propósito, confira-se a jurisprudência do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - DIREITO INTERTEMPORAL - REGRA APLICÁVEL - IRRELEVÂNCIA, NO CASO CONCRETO, À MÍNGUA DA COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE POSSE MANSA E PACÍFICA SOBRE O IMÓVEL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF, APLICÁVEL POR ANALOGIA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."* (AgRg no REsp 1168713/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 17/05/2011)
>
> *"DIREITOS REAIS. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.*
>
> *1. Ao usucapião extraordinário qualificado pela "posse-trabalho", previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza.*
>
> *2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses ad usucapionem já iniciadas, "qualquer que seja o tempo transcorrido" na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002.*
>
> *3. A citação realizada em ação possessória, extinta sem resolução de mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes.*
>
> *4. É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o*

> *estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes.*
>
> *5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido."* (REsp 1088082/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 15/03/2010)

E que não destoa de precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO QUALIFICADO – AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO – NOVO CÓDIGO COM DISPOSIÇÃO INTERTEMPORAL ESPECÍFICA A REGER A MATÉRIA – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.238 DO CC/2002 – APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO, ATINGIDA DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO – FATO SUPERVENIENTE A SER TOMADO EM CONSIDERAÇÃO NA SENTENÇA – ART. 462 DO CPC – RECURSO PROVIDO.*
>
> *Ao usucapião extraordinário qualificado pela "posse-trabalho", previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza.*
>
> *O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses ad usucapionem já iniciadas, "qualquer que seja o tempo transcorrido" na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002.*
>
> *É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. (REsp 1.088.082)."* (TJMS. Quinta Turma Cível. Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2010.036649-7/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 17/02/2011).

Portanto, cumpriria perquirir se a parte autora por dez anos, e não por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuiu como seu o imóvel em questão, como determina o parágrafo único do art. 1.238 do CC, não havendo falar no acréscimo de dois anos, uma vez que tanto a ação de usucapião como a ação de reintegração de posse foram ajuizadas após transcorrido dois anos do início da vigência do CC/1916.

Contudo, de acordo com citado dispositivo, para se obter a chamada usucapião extraordinária, imprescindível o preenchimento de três elementos fundamentais, quais sejam: a posse mansa, pacífica e ininterrupta, por determinado período, com intenção de dono.

Ocorre que, muito embora verificado que o prazo da posse superava os dez anos exigidos, o apelante não comprovou os demais requisitos autorizadores da aquisição originária por usucapião.

O recorrente jamais teve a posse exclusiva do imóvel, os documentos de fls. 229/280 (cópia dos autos de procedimento de investigação instaurado contra o autor, pela Corregedoria-Geral da Polícia Civil), demonstram, sem dúvida, que sua posse sobre o lote usucapiendo não era exercida exclusivamente por ele, mas em composse com os primos Marcos Kley de Souza e Ilço Aguiar de Souza.

Marcos Kley, nas declarações prestadas a autoridade policial em dezembro de 2001 (fl. 232), informou que residiu em uma das casas construídas no imóvel usucapiendo de 1993 a 2001, ocasião em que seu irmão Ilço Aguiar de Souza passou a residir no local, retornando em 2005. Ilço confirmou essas informações (fl.235).

O próprio autor confirmou a autoridade policial que a posse do imóvel era exercida por ele em conjunto com seus primos (fl. 234).

Desse modo, não resta dúvida de que o autor não exerce a posse com exclusividade, na forma exigida. Destaco que não se trata de impossibilidade de usucapião em razão de composse, mais sim de ausência de exclusividade na posse do autor sobre o imóvel.

A prova dos autos comprova que o autor foi criado por seu avô, Manuel Dias da Motta (fl. 180), e com ele residiu no imóvel que pretende usucapir, permanecendo no local mesmo após a saída de seu avô, ocorrida no ano de 2000, logo, jamais exerceu a posse com *animus domini.*

Quando menor residia no imóvel porque lá era a residência de seu avô, proprietário do bem, o qual tinha sua guarda, depois na maioridade manteve-se no imóvel por permissão e tolerância de Manuel Dias da Motta, assim como ocorreu com outros primos seus.

A propósito, destaco precedente:

> *"AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL. LIBERALIDADE E TOLERÂNCIA DOS PROPRIETÁRIOS. POSSE JUSTA E PRECÁRIA. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. CONFIGURAÇÃO DE CONTRATO VERBAL DE COMODATO. EXERCÍCIO DA POSSE NA CONDIÇÃO DE MERA DETENTORA. POSSE NÃO PROPICIADORA DE USUCAPIÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. RECURSO DESPROVIDO. Diante da existência de contrato de comodato, a posse exercida pela apelante é precária, sem ânimo de dono e, portanto, não induz à usucapião."* (TJ-PR - AC: 6009196 PR 0600919-6, Relator: Carlos Mansur Árida, Data de Julgamento: 31/03/2010, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 375)
>
> *"USUCAPIÃO - Demonstrado que os autores residem no imóvel objeto do litígio por ato de mera liberalidade da proprietária - Os atos de mera permissão ou tolerância da ocupação do imóvel pelos autores não podem ser entendidos como posse (art. 1.208 do CC), requisito essencial para aquisição da propriedade pela usucapião - Precedentes da Corte - Não estando presente o requisito do exercício da posse com "animus domini" pelos apelantes, não há que se falar em aquisição da propriedade pela usucapião - Sentença de improcedência mantida - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJ/SP - Recurso desprovido."* (TJ-SP - APL: 00014851220138260218 SP 0001485-12.2013.8.26.0218, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 16/07/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/07/2015)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PRESENTES. A demonstração da posse pela parte autora sobre o imóvel controvertido, lhe confere o direito à reintegração possessória. Suposto exercício possessório anterior pelo réu, capaz de ensejar o reconhecimento da usucapião, que não se mostra evidenciado, sendo certo que atos de mera tolerância ou permissão não redundam em posse. Exegese literal do artigo 1.208 do Código Civil. A presença de obstáculo objetivo na "causae possessionis", consubstanciado na mera liberalidade da titular do domínio em permitir a fruição do bem pelo réu, contra indica o ânimo de dono, impossibilitando o reconhecimento de posse qualificada. Hipótese em que a parte ré não exerce posse própria, somente se encontrando no imóvel em decorrência de favor prestado pelo efetivo proprietário. Portanto, estando a*

> *decisão hostilizada em consonância com a prova produzida e com a legislação reguladora da matéria, faz-se de rigor sua confirmação nesta corte, em seus exatos termos, inclusive quanto à indenização arbitrada a título de locativos. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME."* (Apelação Cível Nº 70045357977, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 20/08/2015). (TJ-RS - AC: 70045357977 RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Data de Julgamento: 20/08/2015, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/08/2015)
>
> *"USUCAPIÃO - 'ANIMUS DOMINI' - BEM IMÓVEL - POSSE - PRECARIEDADE - LIBERALIDADE - DESCARACTERIZAÇÃO. - Aquele que possui o imóvel objeto de herança, constituindo um condomínio, não pode usucapi-lo, por lhe faltar o ânimo de dono, requisito indispensável para a caracterização da prescrição aquisitiva."* (TJ-MG - AC: 10344110007145001 MG, Relator: Valdez Leite Machado, Data de Julgamento: 23/02/2016, Câmaras Cíveis / 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: 02/03/2016)

Deste Tribunal, destaco:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – POSSE – PERMISSÃO DO PROPRIETÁRIO ANTERIOR – CONFISSÃO DA AUTORA – REQUISITO DE ANIMUS DOMINI INEXISTENTE – PRAZO AQUISITIVO QUE NÃO CONSOLIDA PARA FINS DE USUCAPIÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Confessando a autora que a posse do imóvel pelos genitores e por si própria é fruto da permissão do antigo proprietário do imóvel, inviável computar tempo para fins de aquisição da propriedade pela usucapião, nos termos do art. 1.208 do Código Civil."* (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/08/2015; Data de registro: 20/08/2015)

Portanto, ante tais argumentos, vê-se que o autor, ora apelante, não comprovou o preenchimento dos requisitos necessários para a aquisição do imóvel em questão pelo usucapião, uma vez que ausente o *animus de domini* exigido.

Assim, a sentença de improcedência do pedido inicial da ação de usucapião deve ser mantida, ainda que por fundamento parcialmente distinto.

Da reintegração de posse

Como visto no tópico anterior, o autor não tem direito à aquisição do domínio do imóvel por usucapião. Embora ele tenha exercido a posse precária do imóvel, em razão da tolerância de seu avô (titular do domínio), após a morte deste, ocorrida em 2004, ocorreu a imediata transmissão do domínio e da posse dos imóveis aos herdeiros, instaurando-se um condomínio pró-indiviso entre todos os herdeiros de Manoel Dias Motta.

É que, nos termos do art. 1.784 do CC, "*aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*". O referido dispositivo abarca o princípio da *saisine*, pelo qual é desnecessário qualquer ato para a transmissão dos bens da herança.

Em comentário ao artigo supra, Flávio Tartuce (Manual de Direito Civil. 4ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1341) leciona:

> *"Trata-se da consagração máxima droit de saisine. A expressão, segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, tem origem na expressão gaulesa le mort saisit le vif, pela qual "com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros."*

Mais adiante, continua (*op. cit.*, p.1.347):

> *"Além de sua imobilidade, a herança é um bem indivisível antes da partilha. Nos termos do art. 1.791 do CC, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Pelo mesmo comando legal, 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. Forma-se, então, um condomínio eventual pro indiviso em relação aos bens que integram a herança, até o momento da partilha entre os herdeiros."*

Desse modo, embora Paulo César Souza Motta exercesse posse, a qual foi reconhecida pela sentença como justa e de boa-fé (arts. 1.200 e 1.201 do CC), após a morte do titular do domínio e, consequentemente, da instauração do condomínio pró-diviso sobre o imóvel, sua posse, assim como as dos primos Marcos Kley e Ilço, passou a ser injusta e de má-fé, configurando-se esbulho

Importante notar que a respeito da proteção possessória do herdeiro que exerce composse o e. STJ assim já se pronunciou:

> *"DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da saisine, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesma garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá ope legis, independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento."* (STJ, REsp 537.363/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJ-RS), j. 20.04.2010, DJe 07.05.2010).

Ora, o exercício da composse, decorrente de transmissão de direitos hereditários, não autoriza a aquisição por usucapião por apenas um dos herdeiros se inexistente prova da exclusividade da posse e do exercício do *animus domini,* como exposto no tópico anterior, logo, caracterizou-se o esbulho a partir da morte de Manoel Dias da Motta.

Assim, consequentemente, não há falar em direito à indenização por benfeitorias eventualmente feitas após a morte de Manoel Dias da Motta, pois, a partir daí, não há mais falar em posse de boa-fé do apelante. Em verdade entendo que, no caso, não haveria de se falar sequer em indenização por benfeitorias, pelas razões que passo a expor.

Da indenização por benfeitorias – vedação do *reformatio in pejus*

Como exposto acima, a posse do recorrente sobre o imóvel em questão é considerada de boa-fé somente até a morte de seu avô, ocorrida em 27/09/2004, razão pela qual a sentença de primeiro grau reconheceu seu direito à indenização pelas construções e benfeitorias que introduziu no imóvel nesse período.

O direito à indenização de benfeitorias vem disposto no art.1.219 do CC, *in verbis*:

> *"Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis."*

Depreende-se de tal dispositivo, levando em conta o disposto no art. 333, inciso I do CPC, que cabe a parte comprovar que é possuidor de boa-fé e que as benfeitorias existentes são necessárias e úteis.

Contudo, no caso específico, no que tange às benfeitorias, não há prova nos autos que dê direito ao recorrente receber qualquer ressarcimento, porquanto ele não informou quais benfeitorias seriam essas, limitando-se a postular, em sede de contestação (fls. 194-203), o direito à indenização por benfeitorias e de retenção por benfeitorias.

Salienta-se que é perfeitamente possível que a apuração dos valores das benfeitorias seja feita através de liquidação de sentença. Todavia, para que isso ocorra é indispensável a comprovação da existência das benfeitorias/e ou acessões, o que não ocorreu no caso dos autos, apesar de ter sido oportunizada a produção de provas pericial, que restou preclusa por inércia do próprio requerido (Decisão de fl. 218).

Logo, o pedido de indenização por benfeitorias deveria ser indeferido e, consequentemente, não haveria se falar em direito de sua retenção pelo requerido.

Contudo, no caso, o magistrado da instância singela reconheceu e declarou o direito do réu da possessória à indenização por benfeitorias, razão pela qual, em razão do *vedatio in pejus*, não resta alternativa senão manter a sentença nesse ponto, suprindo omissão, a fim de determinar que se proceda com à liquidação.

Destaco, ademais, que não há falar em direito de retenção, uma vez que não há indicação de benfeitorias realizadas no imóvel, razão pela qual, nesse ponto, ainda que por outro fundamento, mantenho a sentença.

Da indenização por fruição do imóvel

Outrossim, em relação ao direito do autor da reintegração de serem indenizados pela fruição do bem, a partir do momento em que a posse deixou de ser de boa-fé, não merece reparo a sentença.

A taxa de fruição no caso é devida, porquanto tem por finalidade a recomposição dos prejuízos experimentados pelo autor durante o período em que o apelante permaneceu na posse do imóvel de forma irregular, correspondendo, portanto, a uma pecúnia devida pela utilização do bem.

Desse modo, sendo incontroversa a posse ilegítima do apelado, após a morte de seu avô, é devida a condenação ao pagamento da taxa de fruição desde a data do falecimento até a efetiva desocupação.

Nesse sentido, destaco precedente deste Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA - USUCAPIÃO - REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO PREENCHIDOS - INDENIZAÇÃO PELAS OBRAS REALIZADAS - PERDA DA CARACTERÍSTICA DA BOA-FÉ COM A CIÊNCIA DA IRREGULARIDADE NA POSSE - - INDENIZAÇÃO INDEVIDA -TAXA DE FRUIÇÃO - PECÚNIA DEVIDA PELA UTILIZAÇÃO DO BEM -POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Na posse há a perda da característica de boa-fé para má-fé no momento em que os possuidores tomam ciência de que a posse é irregular. A taxa de fruição é a recomposição dos prejuízos experimentados pelo*

> *proprietário, durante o período em que o possuinte permaneceu na posse do imóvel de forma inadimplente, correspondendo, portanto, a uma pecúnia devida pela utilização do bem."* (Apelação - Nº 0377788-29.2008.8.12.0001 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran).

Desse modo, nesse ponto deve ser mantida a sentença.

Dispositivo

Pelo exposto:

De ofício, integro o dispositivo da sentença, para expressamente fazer constar:

Reconheço o direito do requerido da ação de reintegração de posse - Paulo César Souza Motta - à indenização por benfeitorias realizadas no imóvel desde o início de sua posse (09/01/1991) até 27/09/2004, impondo-lhe, por outro lado, a obrigação de pagar ao espólio-autor, indenização pelo uso do imóvel, mediante pagamento de aluguel, a partir de 27/09/2004, data em que sua posse passou a ser de má-fé, valores a serem apurados em liquidação de sentença, inclusive no tocante ao valor do aluguel a ser considerado.

Da ação de usucapião: Conheço do recurso interposto e lhe nego provimento, mantendo a sentença na integra, ainda que por outros fundamentos.

Da ação de reintegração de posse: Conheço do recurso e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. De ofício, integraram o dispositivo da sentença, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 14 de junho de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800721-39.2015.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO DE BENS DE PESSOA INDÍGENA – SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LIDE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – SUPRESSÃO DA NULIDADE PELA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL NESTA INSTÂNCIA RECURSAL – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO RECURSAL – AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS – DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE CERTIDÃO DE ÓBITO LAVRADA POR REGISTRO CIVIL – CERTIDÃO DE ÓBITO LAVRADA PELA FUNAI – VALIDADE – ESTATUTO DO ÍNDIO – FACULTATIVIDADE DO INDÍGENA POSSUIR DOCUMENTOS CIVIS – NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO – MATRÍCULA INDIVIDUALIZADA DO IMÓVEL OBJETO DE PARTILHA – DIREITO DE POSSE SOBRE IMÓVEL DA UNIÃO DESTINADA À COMUNIDADE INDÍGENA A QUAL TEM A INCUMBÊNCIA DE REALIZAR REFERIDA PARTILHA HEREDITÁRIA POR MEIO DE SUAS LIDERANÇAS – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO CONTRA O PARECER.

Se a inexistência de intervenção do Ministério Público na primeira instância restou suprimida pela intervenção da Procuradoria Geral de Justiça nesta instância recursal, especialmente diante da constatação de ausência de prejuízo às partes, não há que se falar em nulidade da sentença.

Para fins de requerimento de abertura do processo de inventário a certidão de óbito emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI possui a mesma validade que o Registro Geral, nos termos do art. 12 do Estatuto do Índio (Lei n° 6.001/73).

Tratando-se de imóvel edificado em terras pertencentes à União destinada à ocupação indígena, a partilha do imóvel deve ser realizada extrajudicialmente segundo a tradição indígena.

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 e contra o parecer, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Neuza da Silva e Domingos da Silva, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de arrolamento sumário dos bens deixados por Natalia Pio da Silva, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Miranda, MS (f. 27), interpuseram recurso de apelação (f. 30-36).

Aduzem que postulam a homologação judicial da partilha decorrente do falecimento de sua genitora, indígena e que, por isso, não possuem os documentos civis exigidos para a aquisição dos direitos ora pleiteados pela via administrativa, especialmente aqueles exigidos pela instituição financeira (Banco do Brasil), em que se encontram depositados valores em pecúnia, que compõe o espólio.

Esclarecem que a partilha pretendida recai sobre um imóvel situado na Aldeia Moreira, localizada em terras da União e, também, sobre saldo em conta corrente, além de aplicação financeira, mantida pelo Banco do Brasil.

Mencionam que a referida instituição financeira negou-lhes o acesso à importância com ela depositada em nome de sua mãe, sob a alegação de que a certidão de óbito emitida pela FUNAI não possui validade para tal fim, sendo-lhes, ainda, exigida a apresentação de documentos pessoais civis, já que os documentos indígenas apresentados não possuem qualquer validade perante a instituição financeira.

Sustentam que o feito evidencia pedido de partilha atípica, considerando que os autores são indígenas aldeados, mantendo sua cultura de hábitos corriqueiros, razão por que suscitaram preliminar de nulidade da sentença, diante da ausência de participação do Ministério Público durante o trâmite processual em primeira instância.

No mérito, argumentam que em decorrência do falecimento de sua genitora, deixou-se um patrimônio que se constituiu de residência situada na Aldeia Moreira, onde hodiernamente reside o recorrente Domingos da Silva, além de crédito em sua conta bancária decorrente de economias, no valor líquido de R$2.109,38 (dois mil cento e nove reais e trinta e oito centavos) e saldo em aplicação financeira, no importe de R$9.241,15 (nove mil duzentos e quarte e um reais e quinze centavos), conforme infere do extrato em anexo datado de 11/09/2014 (fundo de investimentos BB Curto Prazo 200).

Afirmaram que os documentos exigidos pelo juízo *a quo* à f. 22 são inexistentes, seja porque a Sr. Neuza vive apenas em união estável sem ser formalizada, seja porque não há certidão de óbito relativa a sua genitora, cuja circunstância foi certificada pela Funai por intermédio de Declaração de Óbito emitida pelo IML (f. 12-13).

Ressaltaram, ademais, que o Estatuto do Índio (lei nº 6.001/73) impõe a manutenção de livros próprios no órgão competente de assistência (FUNAI), para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos indígenas, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais, que constituirá documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova (art. 6º c/c art. 13, parágrafo único), sendo certo que a Certidão de Óbito emitida pela Funai, assim como a Declaração de Óbito emitida pelo IML são suficientes para comprovar o falecimento da inventariada.

Por derradeiro, esclarecem que o imóvel a ser destinado ao recorrente Domingos da Silva está localizado na Aldeia Moreira, cujo domínio pertencente à União, incumbindo, pois, ao Serviço de Patrimônio da União a demarcação de tais terras, cujos lotes não possuem matrículas próprias, cuja divisão realiza-se, informalmente, pelos próprios indígenas, conforme seus costumes e por livre pactuação dos confrontantes, mediante fiscalização e intervenção da FUNAI, caso estas se mostrem necessárias.

Expõem que não resplandece dúvidas acerca da necessidade de reforma da sentença proferida, de modo a deferir a partilha pretendida sobre o referido lote, conforme anuência exarada do Chefe da Coordenação Técnica Local da Funai do município de Miranda/MS, conforme declaração de f. 17-18.

Requer-se o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja acolhida a preliminar de nulidade da sentença por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância ou, subsidiariamente, seja reformada a sentença, deferindo a favor dos apelantes a partilha pretendida.

O juízo *a quo* manteve a sentença como proferida e determinou a remessa dos autos a este Sodalício.

A PGJ manifestou nos autos (f. 45-50), oportunidade em que opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, sugerindo *"que os apelantes providenciem a documentação necessária, através do registro tardio de nascimento e do óbito, bem como que a partilha do imóvel seja feita extrajudicialmente segundo a tradição indígena."*

Diante das informações expostas nos autos, converteu-se o julgamento em diligência para determinar a intimação da União e da Funai para informarem se possuem interesse na causa ou eventual atribuição fiscalizatória ou tutelar (f. 52-53), o que ensejo às manifestações de f. 57, 59-64, 65-66 e 70-73, sobre as quais os autores-apelantes manifestaram-se (f. 78-80).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Neuza da Silva e Domingos da Silva, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de arrolamento sumário dos bens deixados por Natalia Pio da Silva, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Miranda, MS (f. 27).

Direito intertemporal

Inicialmente cabe esclarecer que, embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, em razão de o presente recurso ter sido interposto na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (em 04/09/2015), são as regras desse *Codex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Luiz Fux (idealizador do Projeto inicial do Novo CPC) elencou algumas situações jurídicas geradas pela incidência da lei nova aos processos pendentes, afirmando quanto à aplicação do CPC/2015 aos recursos interpostos que:

> *"A lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes; respeitados os direitos subjetivo-processuais adquiridos, o ato jurídico perfeito, seus efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei, bem como a coisa julgada;*
>
> *[...]*
>
> *7. A lei vigente na data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos da admissibilidade dos recursos;"* (FUX, Luiz. Teoria Geral do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também se posicionaram sobre o tema, no sentido de que regerá o procedimento do recurso a lei vigente na data da efetiva interposição do recurso, senão vejamos:

> *"Lei processual nova sobre recursos: No que tange aos recursos, é preciso particularizar-se a regra do comentário anterior. Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b)*

> *rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso"* (Comentários ao Código de Processo Civil/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228)

Assim, considerando que o presente recurso de apelação cível foi interposto na data de 04/09/2015, quando ainda vigente o CPC/73, resta evidente a inaplicabilidade das regras do novo CPC ao presente caso.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, vez que presentes os pressupostos e condições recursais, conheço deste apelo e passo à análise de seus fundamentos, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de nulidade da sentença por ausência de intervenção do Ministério Público em primeira instância

Os apelantes sustentam que o feito evidencia pedido de partilha atípica, considerando que os autores são indígenas aldeados, mantendo sua cultura de hábitos corriqueiros, razão por que suscitam preliminar de nulidade da sentença, diante da ausência de participação do Ministério Público durante o trâmite processual em primeira instância.

Com efeito, a inexistência de intervenção do Ministério Público na primeira instância restou suprimida pela intervenção da Procuradoria Geral de Justiça nesta instância recursal (f. 45-50), especialmente diante da constatação de ausência de prejuízo às partes.

Sobre a matéria em debate, pertinente a lição doutrinária de Nelson Nery Júnior[1]:

> *"Intervenção no segundo grau. Procuradoria da Justiça. VI ENTA 42: "A intervenção da procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo ao interesse do tutelado". V. Verbete "não intervenção do MP no primeiro grau", abaixo. Intervenção posterior. A intervenção posterior do MP não convalida o processo* (RTJ 72/267; RT 496/92).
>
> *Não intervenção do MP no primeiro grau. Intervenção supletiva da Procuradoria da Justiça. A não intervenção do MP em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem arguir prejuízo nem alegar nulidade"* (STJ, Resp 2903, rel Min. Athos Carneiro, citado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, no Resp 5469, v u , j. 20.10.1992, BolAASP 1785/100).

Neste sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. 1. Os embargos de declaração opostos com o fito de rediscutir a causa devidamente decidida podem ser recebidos como agravo regimental, em conformidade com o princípio da fungibilidade recursal. 2. A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa, sem que haja arguição de prejuízo ou alegação de nulidade. 3. Contudo, manifestando-se o órgão do Ministério Público pela ocorrência de*

1 **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p . 5085.

> *prejuízo diante da ausência de sua intervenção em primeiro grau, impõe-se a decretação da nulidade. 4. Embargos de declaração recebidos com agravo regimental a que se nega provimento."* (EDcl no REsp 1184752/PI, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 21/10/2014) Destaquei.

Logo, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e passo à análise do mérito recursal.

Mérito recursal (indeferimento da inicial)

Extrai-se dos autos que os apelantes pleitearam a abertura de inventário e partilha dos bens deixados por sua genitora, Natalia Pio da Silva, pessoa indígena, falecida em 15/01/2013, declarada por certidão de óbito emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI (f. 12).

Mencionam que os herdeiros, ora apelantes, bem como sua genitora falecida, são indígenas e, por isso, não possuem qualquer registro civil de nascimento e óbito, declinando, como bens a partilhar, a) crédito em conta bancária (R$ 2.109,38); b) saldo em aplicação financeira (R$ 9.241,15) e, ainda, c) imóvel situado na Aldeia Moreira, casa nº 06, em construção de alvenaria, sem matrícula.

Quanto ao referido bem imóvel, ressaltaram que decidiram de comum acordo, que este ficará com o herdeiro Domingos da Silva e as aplicações e saldo de conta bancária deverá ser transferido a favor da outra herdeira (Neuza da Silva), argumentando que a vontade de ambos foi lavrada perante o Chefe/CTL Miranda/MS, responsável pela Coordenação Técnica Local da Funai na cidade de Miranda, conforme declarações anexas à petição inicial (f. 17-18).

Ao final, pugnaram pela expedição de ofício ao Banco do Brasil, para informar a existência e o montante do saldo, aplicações e/ou prêmios advindos da apólice de seguro contratados em nome da *de cujus*, indicando, para tanto, o número do CPF desta (f. 06).

O juízo *a quo* determinou a emenda da inicial, mediante a completa qualificação dos herdeiros, além da juntada de certidão de óbito lavrada pelo registro civil, bem como cópia da matrícula do imóvel indicado na alínea "c", do item 3, de f. 04, sob pena de indeferimento da petição inicial (f. 22).

Os autores, em atendimento à determinação judicial, alegaram inexistir certidão de óbito expedida por Cartório Extrajudicial de Registro Civil e foi sepultada e enterrada conforme costume de etnia, no Cemitério da Aldeia Passarinho, conforme consta a Certidão de Óbito anexada aos autos expedida pela FUNAI, sendo esta lavrada em conformidade com o art. 13 da Lei 6001/1973.

Acerca do imóvel, os demandantes mencionaram que o bem localiza-se em terras da União destinada à habitação/exploração indígena e, por isso, não possui matrícula individualizada, porque sua ocupação dá-se de maneira informal, mas igualitária, conforme costumes indígenas (f. 24-26).

Não se satisfazendo com referida emenda à inicial, o juízo *a quo* prolatou a sentença recorrida e indeferiu a petição inicial, com fulcro no art. 284 do CPC/73, porque a parte demandante não sanou o defeito na petição inicial, como lhe fora determinado (f. 27).

Inconformados, os demandantes interpuseram o presente apelo.

Extrai-se dos autos que o juízo *a quo* concluiu que os apelantes não cumpriram a determinação de emenda à inicial, especialmente as alíneas "b" e "c" do despacho de f. 22, diante da ausência de juntada da certidão de óbito emitida pelo registro civil e, ainda, da matrícula do imóvel que se pretende inventariar, em descumprimento ao que dispõe o parágrafo único do art. 987 do CPC/73, repetido no novo CPC no art. 615.

Com efeito, referido desfecho merece ser alterado.

A petição inicial do presente feito, não obstante possuir defeito insanável no que tange o pedido de partilha do imóvel descrito na inicial, merece ser admitida no que tange ao pedido de partilha do saldo de conta bancária, aplicações e/ou prêmios advindos da apólice de seguro contratados em nome da *de cujus*.

Dispõe o art. 987 do CPC/73:

> *"Art. 987. A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e a partilha.*
>
> *Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança."*

Infere-se que a certidão de óbito do autor da herança é documento necessário para a abertura do inventário, razão por que, inclusive, o juízo *a quo* a exigiu pelo despacho de f. 22.

Todavia, tendo em vista que a falecida Natalia Pio da Silva, genitora dos apelantes (f. 15-18), era pessoa indígena não integrada na comunhão nacional, não há óbice que seu óbito seja comprovado pela certidão de óbito emitida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI (f. 12), que possui a mesma validade que o Registro Geral, nos termos do art. 12 do Estatuto do Índio (Lei n° 6.001/73), *in verbis*:

> *"Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.*
>
> *Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente."*

Até porque, nos termos do art. 624-A do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça e art. 1º da Resolução Conjunta nº 03/2012 do CNMP e CNJ, subsiste facultativo o registro civil de indígenas não integrados, a corroborar que a falta de certidão de óbito, advinda do registro civil de pessoas, não pode ser obstáculo ao exercício do direito de ação, estabelecido no art. 232 da Constituição Federal[2].

Como bem ressaltado pelo Ofício encaminhado a este julgador pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI:

> *"Os indígenas têm direito reconhecido, a partir da promulgação do texto constitucional, à reafirmação das suas atividades étnicas e a manutenção dos seus modos próprios de viver, organizar trabalhos, dividir bens, educar filhos, contar histórias de vida, praticar rituais e tomar decisões sobre a vida coletiva, sem prejuízo do pleno gozo dos direitos de cidadania comuns a todos os cidadãos brasileiros, inclusive o direito de, facultativamente, obter registro civil de nascimento e outros documentos civis" (f. 70).*

No mesmo sentido, a reforçar a validade da certidão de óbito expedida pela Fundação Nacional do Índio - Funai, o art. 13 também do Estatuto do Índio (Lei n° 6.001/73) prevê a existência de livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos, óbitos e casamentos dos índios, contraídos estes últimos segundo os costumes tribais, ao passo que o parágrafo único do mesmo dispositivo prescreve que o registro administrativo constituirá documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova. Confira-se:

2 Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

> *"Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.*
>
> *Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova."*

Em casos análogos, confira-se os seguintes precedentes:

> *"ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO NO PROCESSO SELETIVO SISU PARA O CURSO DE MEDICINA. COTAS. INDÍGENAS. MATRÍCULA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO EXPEDIDA PELA FUNAI. APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DA FUNAI ATESTANDO A CONDIÇÃO DE INDÍGENA. POSSIBILIDADE. 1. O documento expedido pela Fundação Nacional do Índio, que declara ser a impetrante indígena, cumpre a exigência do Edital nº 345/2010, que rege o Sistema de Seleção Unificada - SiSU. 2. Não obstante a norma editalícia prever que a condição de indígena deve ser comprovada por meio de certidão de nascimento, tal exigência deve ser interpretada em consonância com o art. 19, II da Constituição Federal, de modo a se admitir a aptidão da certidão expedida pela Fundação, cujo conteúdo, apesar de não registrar o nascimento, atesta a condição de indígena da impetrante. 3. Remessa oficial não provida."* (TRF-1 - REO: 4019 MA 0004019-56.2011.4.01.3700, Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Data de Julgamento: 08/04/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.169 de 18/04/2013)
>
> *"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TERMO INICIAL. DATA DO ÓBITO. DESPROVIMENTO. 1. Devidamente comprovados o óbito e a qualidade de segurada da falecida, recai a questão sobre a dependência econômica da parte autora em relação à falecida - que restou evidenciada pela documentação juntada aos autos - qual seja a cópia do registro de identificação emitido pela Fundação Nacional do Índio -FUNAI/AMAMBAI/MS, que possui a mesma validade que o Registro Geral, nos termos do Art. 12 do Estatuto do Índio - Lei 6.001/73; sendo que a falecida era pessoa indígena não integrada na comunhão nacional, conforme consta na declaração do Núcleo Operacional da FUNAI em AMAMBAI/MS. (...)"* (TRF 3R - 10ª Turma - AC 1768720 - Rel. Des. Fed. Baptista Pereira - e-DJF3 Judicial 1, 26/03/2013)
>
> *"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE A FILHO. COMPROVAÇÃO DO ÓBITO. CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL DO DE CUJUS. INDÍGENA. LABOR AGRÍCOLA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. TUTELA ESPECÍFICA. ARTIGO 461 DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO. CONSECTÁRIOS.* (...) *2. Cuidando-se de indígena, dispensa-se comprovação do óbito através de registro civil, sendo bastante o fato estar noticiado em documento administrativo emitido pela FUNAI, corroborado por testemunhas."* (TRF-4; Apelação Cível Nº 2009.71.99.000905-8/RS; Rel. Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli; Publicado em 21/07/2009)

Salienta-se, por fim, que, apesar de o Código Civil de 2002 não considerar os indígenas como pessoas relativamente incapazes, diversamente do que fazia o Código Civil de 1916 (art. 6º, inc. III), deve ser reconhecida a situação de vulnerabilidade econômica-social das partes litigantes.

Logo, infere-se que o registro administrativo de óbito da genitora dos apelantes efetuado junto à FUNAI mostra-se suficiente para deflagrar o inventário dos bens deixados por ela a favor de seus herdeiros, relativamente ao montante do saldo de conta bancária, aplicações e/ou prêmios advindos da apólice de seguro contratados em nome da *de cujus*.

Assim, prospera a irresignação recursal, a fim de tornar insubsistente o julgado recorrido, já que os documentos indicados pelo juízo *a quo* não são imprescindíveis ao ajuizamento da ação, podendo a ação de inventário seguir seu trâmite regular sem qualquer obstáculo.

Doutro norte, a pretensão dos apelantes de inventariar bem imóvel sem a respectiva matrícula atualizada e autenticada do bem não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, é nela que estarão todos os dados referentes à propriedade, tais como, características, metragens, histórico de comercialização, dados dos proprietários antigos e atuais e até mesmo a existência de qualquer ônus, conforme exigência do artigo 993 do CPC/73, repetido no art. 620 do novo CPC.

Sob outro enfoque, outrossim, mesmo que se trate de partilha da posse sobre o bem imóvel descrito na inicial, não prospera a irresignação dos demandantes, ora apelantes.

Isto porque, referido bem imóvel encontra-se edificado dentro da Aldeia Moreira, Terra Índigena Pilad Rebuá, no município de Miranda, MS, cujo domínio é da União e, por isso, inalienável e indisponível, de usufruto exclusivo da coletividade indígena que nela habita, segundo as regras e costumes definidos pela própria comunidade indígena, cabendo a sucessão hereditária apenas nos casos definidos pela comunidade e suas lideranças, como bem esclareceu o Coordenador Regional da Fundação Nacional do Índio – FUNAI desta Capital, em resposta ao ofício que lhe fora encaminhado (f. 71).

Não cabe, pois, intervenção do Poder Judiciário neste aspecto, razão pela qual se impõe a manutenção do indeferimento da inicial. Até mesmo porque, caso ocorra algum conflito, o que não se evidencia na hipótese, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI deverá ser convocada para mediação.

Portanto, como bem ponderado pelo i. Promotor de Justiça atuante neste feito (f. 50), como trata-se de imóvel edificado em terras pertencentes à União destinada à ocupação indígena, a partilha do imóvel deve ser realizada extrajudicialmente segundo a tradição indígena.

Dispositivo

Ante todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Neuza da Silva e Domingos da Silva e dou-lhe parcial provimento, contra o parecer da PGJ, para afastar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, tornar insubsistente a sentença no que tange a exigência da certidão de óbito lavrada em registro civil da genitora dos apelantes, pelos fundamentos supra declinados e, assim, determinar o regular prosseguimento da presente ação de inventário relativamente ao montante do saldo de conta bancária, aplicações e/ou prêmios advindos da apólice de seguro contratados em nome da *de cujus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, afastaram a preliminar e 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. 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, 21 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0835295-04.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – INTERESSE RECURSAL – ACOLHIDO QUANTO ALGUNS DOS PEDIDOS RECURSAIS – OMISSÃO LEGISLATIVA – REGULARIZAÇÃO SUPERVENIENTE – INAPLICÁVEL – MÉRITO – CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA E DISPENSAÇÃO DE ESGOTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TAMPONAMENTO DO POÇO E ADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO AO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PELA CONCESSIONÁRIA – FISCALIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INDEVIDA – NÃO COMPROVAÇÃO - PEDIDO DO AUTOR DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO – MATÉRIA DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – NECESSIDADE DE OUTORGA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Não ofende o princípio da dialeticidade o recurso que reitera os mesmos fundamentos já utilizados na inicial, porque, dada a insurgência sobre a parte na qual houve sucumbência, é coerente que haja repetição de argumentos.

O interesse recursal emerge da utilidade do pedido, assim se já atendido pela sentença a pretensão descabe sua repetir em grau de recurso.

A eventual regularização superveniente apenas indicando o órgão responsável e reafirmando a necessidade de outorga por si só não aplica ao caso.

Os danos materiais e morais decorrentes de violação de direitos difusos decorrentes do uso de água e da eventual degradação do solo ou das águas ou da saúde dos cidadãos somente são cabíveis caso sejam efetivamente demonstrados, o que não é o caso dos autos, porquanto o autor, além de não cumprir o ônus que lhe competia (art. 333, I, do CPC), não logrou êxito no pedido de inversão do ônus da prova, mormente o fato desta questão ter sido decidida em agravo de instrumento anteriormente apreciada.

É firme a orientação da Corte Superior no sentido de ser necessária a outorga do ente público para a exploração de águas subterrâneas através de poços artesianos.

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, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Cerrado Hotel Ltda., Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho, bem como o Ministério Público do Estadual, nos autos de ação civil pública de n. 0835295-04.2013.8.12.0001 em que contendem entre si e contra Município de Campo Grande/MS, Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, Estado de Mato Grosso do Sul, oferecem recursos de apelações cíveis.

Os primeiros recorrentes, em suas razões, ponderam que:

1 – de acordo com a legislação, após o reservatório do usuário, é permitido fazer a alimentação por outras fontes de água, como, por exemplo, água de poço, sendo autorizado o uso de fontes alternativas de captação de água, seja urbana ou rural, sendo irrelevante que esteja servida ou não por água da rede pública;

2 – seu poço é considerado de captação insignificante, pelo que está dispensado de outorga de uso, e já se encontra regularizado há muito tempo, como demonstra Certificado da Declaração de Uso de Recursos Hídricos de f. 442, dos Autos, estando em consonância com a legislação estadual e federal;

3 – a conclusão do juízo de primeiro grau é equivocada, vez que a resolução de lavra pessoal do chefe da SEMAC não tem o condão de alterar ou modificar as regras estabelecidas pelas leis e os decretos, que indiscutivelmente autorizam a captação de água na forma realizada, sendo injurídico condicionar o seu uso a uma futura, incerta e até mesmo improvável regulação por parto do Conselho Estadual de Recursos Hídricos;

4 – a captação de água via poços nunca foi proibida e sim legalmente autorizada, não havendo, por outro lado, qualquer estudo a demonstrar que tal prática cause prejuízo ao meio ambiente, quando perfurados e usados adequadamente, causasse os poços contaminação, não seria legalmente permitidos, autorizada sua perfuração e registrados junto aos órgãos estaduais competentes, certo é que não há prova no caso de que está comprometendo o meio ambiente e o tamponamento deve, evidentemente, ser seletivo e não indiscriminado como está a pretender;

5 – viola-se o princípio constitucional da igualdade ao se fazer distinção entre usuários servidos ou não por rede pública de água, isto porque na ótica do apelado, a captação de água pelo próprio usuário só polui e ofende o direito onde existe rede pública, afora isso inexiste poluição e não há danos ao meio ambiente;

6 – há, também, desigualdade de caráter econômica, pois discrimina empreendimentos do mesmo nível, favorecendo aqueles que se localizam em locais não servidos pela rede de água da concessionária, reduzindo custos substancialmente, ofertando tarifas menores, criando concorrência injusta e até mesmo desleal em relação a estes;

7 – todos os poços existentes em Campo Grande e de resto em todo o Estado estão sendo licenciando junto ao IMASUL, bem como autorizações para perfuração estão sendo Concedidas;

Pugna, assim, pelo conhecimento e provimento do presente, a fim de reformar a sentença para julgar improcedente o pedido inicial, prequestionando a matéria indicada (p. 832-848).

O segundo apelante, em linhas gerais, aduz:

1 – a outorga de uso de recursos hídricos é pressuposto para a captação de água, ou seja, não a possuindo previamente não há que se iniciar a escavação ou manter a captação de água subterrânea,

para consumo humano ou não, sem prejuízo da indenização pela utilização deste recurso natural com fins econômicos, nos termos do art. 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente);

2 – omissão do Município de Campo Grande, por não demonstrar esforços concretos para dar cumprimento integral às determinações da Lei nº 11.445/2007 (Saneamento Básico) e da Portaria nº 2.914/2011 do Ministério da Saúde (Dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade), ao deixar de obrigar a conexão dos imóveis urbanos exclusivamente às redes públicas de água e esgoto, bem como de vedar a distribuição coletiva de água por sistema alternativo quando houver disponibilidade de rede pública;

3 – não ter o Estado de Mato Grosso do Sul, assim como o Imasul – Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, demonstrado, mesmo depois de 18 anos transcorridos da Lei nº 9.433/1997, a implantação do instrumento de outorga de direito de uso de recursos hídricos, quando cumpre a estes não expedir ou não renovar qualquer licença, autorização, certificado etc. relativo ao poço existente ou de outros que por ventura se pretenda perfurar e utilizar, bem como suspender, revogar ou anular as eventualmente já concedidas e exigir o tamponamento definitivo do poço existente ou de outros que por ventura venham a existir, adotando providências administrativas e judiciais para tanto;

4 – ter a sentença indeferido o pedido preambular de condenar os apelados que exercem atividade econômica de hotelaria *"na obrigação de pagar quantia certa, a título de ressarcimento e/ou indenização pelo recurso ambiental utilizado (recurso hídrico: água), consoante o método de cálculo aritmético detalhado no tópico nº 5.2.4 desta inicial, cujos valores deverão ser depositados em favor Fundo Municipal do Meio Ambiente de Campo Grande-MS (FMMA), ou a qualquer outro que venha a sucedê-lo, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)"*;

5 – a Constituição Federal, em seu artigo 225, declara que a água é recurso ambiental, autêntico bem de uso comum do povo em razão de ser essencial à sadia qualidade de vida, fundamental à vida digna;

6 – realizarem os apelados atividades operacionais sem licenças ambientais válidas e vigentes por todo o tempo de funcionamento, bem como instalarem e operarem sistema alternativo de captação de água subterrânea para distribuição coletiva de águas aos consumidores e frequentadores do empreendimento, sem a outorga de uso de recuso hídrico e licença ambiental, inclusive auferindo lucros sem qualquer contribuição, contraprestação ou pagamento pelo uso do mencionado recurso, contrariando toda a legislação vigente;

7 – ser obrigatória a conexão às redes públicas de águas tratadas e esgotamento sanitário para tratamento, conforme Lei de Saneamento Básico e outras legislações federais, estaduais e municipais;

8 – restar evidente e comprovado também pelo Histórico de Consumo constante da inicial que os apelados utilizam e consomem recursos ambientais, notadamente as águas interiores subterrâneas, com fins econômicos, uma vez que as utilizam na atividade econômica sem qualquer contraprestação ou contribuição, conforme narrado, contrariando os art. 3º, inc. V, e 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), razão pela qual devem ressarcir os prejuízos ocasionados, indenizando o uso de recursos ambientais, inclusive em dinheiro, o que concretiza o princípio da reparação integral;

9 – admitir o Superior Tribunal de Justiça o ressarcimento pela fruição dos recursos ambientais;

10 – diante dos fatos, estar caracterizado o uso indiscriminado, descontrolado e ilegal do recurso ambiental, no caso, a água subterrânea, invoca-se o princípio do poluidor-pagador expressamente previsto no art. 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que se ombreia ao art. 225, § 3º da Constituição Federal, pelo qual se impõe, ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos;

11 – serem os valores arrecadados destinados ao Fundo Municipal do Meio Ambiente de Campo Grande-MS (FMMA), conforme regra contida no artigo 13, da Lei n. 7.347/1985;

12 – em face da elevação do meio ambiente à categoria de direito fundamental expressamente consagrado no artigo 225, da CF, três são os seus atributos: irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, de modo que se afigura intolerável qualquer violação perpetrada contra tal direito, e, uma vez evidenciada, exige-se a reparação e indenização em dinheiro;

13 – dever o valor da reparação observar o consumo médio diário per capita (hospede), a quantidade de apartamentos disponíveis no hotel para ocupação, hospedagem etc, a quantidade de dias entre o termo inicial da contagem da utilização do recurso ambiental com fins econômicos e a data da efetiva comprovação de tamponamento técnico dos poços de captação de água subterrânea, mediante laudo técnico acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), bem como o valor em reais do m³ correspondente, na data do efetivo pagamento da condenação, àquele aplicado pelo Poder concedente local como critério para cobrança pela utilização da água distribuída na rede pública;

14 – não conceder a sentença a tutela específica, porquanto entendeu que determinados pedidos já haviam sido atendidos; todavia, o fato de os empreendedores haverem adequado suas condutas às disposições legais (obtenção da licença para operar etc.) no curso da demanda ou até mesmo antes de sua citação não implica em perda do objeto da ação civil pública ambiental, mas, ao contrário, implica na confissão de que permaneceu anos sem respeitar as disposições legais e na demonstração da probabilidade de o empreendedor vir a reiterar no descumprimento dessas normas;

15 – merecer acolhimento o pedido de tutela inibitória para determinar que os requeridos se abstenham de possuir ou utilizar sistema alternativo de captação de água subterrânea e sistema alternativo de destinação de esgoto;

16 – também não ser possível que os pedidos formulados pelo autor sejam acolhidos de forma diversa do pleiteado, pois há ofensa ao direito à tutela específica prevista nos artigos 84, do CDC, e do 461, do CPC;

17 – embora a sentença tenha reconhecido a omissão do Poder Público no tocante à fiscalização, julgou improcedente o pedido de condenação das pessoas jurídicas de direito público na obrigação subsidiária de pagar as verbas e danos devidos pelos particulares, situação esta que não prevalecer, pois é dever do Poder Público evitar a ocorrência de riscos ou danos ambientais ou à vida das pessoas, por meio de suas políticas de fiscalização e atividade relacionadas;

18 – há solidariedade na reparação do dano ambiental quando há concurso entre agentes privados e Poder Público no descumprimento de normas ambientais, geradoras de risco, ameaça e dano ambiental;

19 – também acerca da condenação dos requeridos a pagar o dano moral coletivo provocado por suas condutas lesivas ao meio ambiente, à ordem urbanística ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo, independentemente de culpa, conforme disposto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente);

20 – postular a antecipação da tutela recursal para que haja a determinação de não utilização do poço ilegal e irregular constatado nos autos, seja por meio de seu tamponamento provisório ou definitivo, restabelecendo a situação de igualdade entre aqueles que estão em situações iguais/semelhantes e tiveram determinação judicial nesse sentido;

21 – incidir a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), à ação civil pública por força do art. 21 da Lei nº 7.347/1985 (Ação Civil

Pública), justificando sua aplicação em razão da natureza e dos interesses tutelados na ação coletiva, bem como na incontestável vulnerabilidade e hipossuficiência dos titulares dos direitos difusos e coletivos.

Prequestionam a matéria posta em discussão e, ao final, pugnam pelo conhecimento e provimento do apelo conforme arrazoado (p. 851-909).

Os réus Cerrado Hotel Ltda., Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho apresentaram resposta ao recurso pela rejeição integral dos pedidos apresentados no apelo ministerial (p. 928-948).

O Município de Campo Grande apontou nas contrarrazões ao reclamo ofensa ao princípio da dialeticidade e aduzindo não haver motivos para modificar o provimento judicial impugnado pelo Ministério Público (p. 952-957).

O Ministério Público oferece contrarrazões, manifestando-se pelo desprovimento da súplica dos entes públicos (p. 958-972).

O Estado de Mato Grosso do Sul e o Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul também oferecem resposta para manutenção na íntegra da sentença invectivada (p. 976-1006).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso dos primeiros apelantes, no que toca ao apelo interposto pelo *parquet*, pelo seu parcial conhecimento, deixando-se de conhecer, por falta de interesse recursal, os pedidos contidos no item 6, letras *"a", "b.1"* e *"c.2"* do recurso, rejeitando-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, e na parte conhecida se pronuncia pelo parcial provimento do recurso.

As partes foram intimadas para manifestar acercas da preliminares apontadas no parecer e nas manifestações (p. 1050 e 1088), o que restou atendido.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação cível proposta por Cerrado Hotel Ltda., Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho, bem como o Ministério Público do Estadual, nos autos de ação civil pública de n. 0835295-04.2013.8.12.0001 em que contendem entre si e contra Município de Campo Grande/MS, Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, Estado de Mato Grosso do Sul.

Em sentença, o magistrado condutor do feito encerrou a lide nos seguintes termos:

> *" (...) Por estes motivos, julgo parcialmente procedente os pedidos para:*
>
> *- determinar o tamponamento definitivo dos poços de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido, proibindo o uso deste líquido para qualquer fim. Este tamponamento deverá ser feito sob a supervisão de técnico habilitado, para evitar contaminação do lençol freático;*
>
> *- determinar que as pessoas jurídicas de direito público requeridas, cada qual no âmbito de sua competência, procedam a fiscalização a respeito do cumprimento desta determinação, comunicando nos autos.*

> *Arbitro multa para o caso de descumprimento da ordem de tamponamento do poço em R$ 500,00 por dia, limitada a 90 dias, em favor do Fundo Estadual do Meio Ambiente. Esta multa poderá ser aumentada a depender da resistência dos requeridos, sem prejuízo da execução do primeiro valor ou interdição do local, conforme as circunstâncias o recomendem.*
>
> *Os prazos se iniciam da intimação desta decisão, independentemente da existência de recurso. Antecipo os efeitos da tutela jurisdicional nesta parte, já que o direito reclamado foi reconhecido parcialmente, conforme constou acima, e o perigo de dano irreparável advém do risco à saúde e à segurança pública, pelas omissões denunciadas e reconhecidas tacitamente pelo hotel e seus sócios.*
>
> *Julgo extinto o processo nos termos do art. 269, I, do CPC. Sem custas e honorário (...)"*

Em sede de embargos de declaração houve acolhimento parcial no seguintes termos:

> *"(...) Por todos estes motivos, acolho parcialmente os embargos de declaração, atribuindo-lhe efeitos infringentes unicamente para retirar da parte dispositiva da sentença a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Assim, o prazo para cumprimento da sentença será contado do seu trânsito em julgado.*
>
> *Publique-se, registre-se e intime-se (...)"*

Pois bem. Passo ao exame das súplicas.

Ofensa ao princípio da dialeticidade

Indica o Município de Campo Grande que os recursos não devem ser conhecidos por ofensa ao princípio da dialeticidade, porquanto o não teriam apresentado novas razões para seu inconformismo, mas limitado a copiar as teses já ventiladas quando da propositura da ação.

Como é sabido, pelo princípio da dialeticidade há a necessidade do recorrente deixar claro e explícito os motivos e causas que ensejam a modificação da decisão. Assim, o recorrente deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais pretende a anulação ou reforma da decisão recorrida, combatendo os fundamentos da decisão invectivada. Sem isso, o recurso não pode ser conhecido.

Neste contexto, a lição oportuna do professor Nelson Nery Júnior, em Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149:

> *"O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão".*

No caso, verifica-se que o Ministério Público apelante, em sua peça recursal, deduz argumentos pelos quais entende que a decisão deve ser reformada, confrontando-a diretamente, tanto que procura modificar o resultado da demanda, especialmente no que se refere à reparação do dano ambiental, demonstrando as razões que justificam acolher a súplica.

E, ao final, formula pedido certo e determinado de revisão da sentença, guardando plena consonância com o decreto proferido pelo Juízo singular.

Por conseguinte, não se vislumbra qualquer infringência à dialeticidade no apelo manejado, o qual deve ser conhecido, mormente quando a mera reprodução da inicial não é suficiente, por si só, para afrontar referido princípio.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

Interesse recursal

O representante do Ministério Público em segundo grau, por seu turno, na função de fiscal da lei, aponta que o recurso da Promotoria não comporta conhecimento em relação aos pedidos identificados pelas letras "a", "b.1" e "c.2", do item 6 das razões, sob o título "Pedidos de Reforma da Sentença".

Os itens acima mencionados são os seguintes:

> *"(...) a) reconhecer a inversão do ônus da prova;*
>
> *b) condenar os Réus Cerrado Hotel Ltda. - Me, Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho, sob pena de multa diária a ser arbitrada por essa Colenda Câmara Cível, nas seguintes obrigações:*
>
> *b.1) o tamponamento definitivo (encerramento) dos poços de captação de água subterrânea existentes nos imóveis em que são exercidas as atividades econômicas mencionadas na inicial, mantendo-os permanentemente tamponados (encerrados), comprovando nos autos por meio de relatório técnico, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);*
>
> *(...)*
>
> *c) condenar os Réus Município de Campo Grande, Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (Imasul) e Estado de Mato Grosso do Sul que, solidariamente, sob pena de multa diária a ser arbitrada por essa Colenda Câmara Cível, nas seguintes obrigações:*
>
> *(...)*
>
> *c.2) adotar providências administrativas e judiciais para tamponamento definitivo (encerramento) e encerramento ambiental adequado de quaisquer sistemas alternativos de captação de água subterrânea e de disposição do esgoto (poços e fossas etc.), bem como as efetivas conexões às rede públicas respectivas, exigindo para as respectivas comprovações relatório técnico acompanhado de Anotação de*
>
> *Responsabilidade Técnica (ART);"*

Quanto aos dois outros itens, certo é, também, que a sentença dispôs favorável ao interesse do recorrente sendo assim despiciendo qualquer revolvimento da matéria nesta instância se o intento restou alcançado, senão vejamos:

> *"(...) - determinar o tamponamento definitivo dos poços de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido, proibindo o uso deste líquido para qualquer fim. Este tamponamento deverá ser feito sob a supervisão de técnico habilitado, para evitar contaminação do lençol freático; (...)*
>
> *- determinar que as pessoas jurídicas de direito público requeridas, cada qual no âmbito de sua competência procedam a fiscalização a respeito do cumprimento desta determinação, comunicando nos autos (...)" (p. 777).*

Deste modo, falta interesse recursal ao apelante, razão pela qual acolho neste aparte, para deixar de conhecer os pedidos indicados acima.

Omissão legislativa

O Estado de Mato Grosso do Sul e o IMASUL, a fim de afastar omissões, em atuação positiva, teriam regulamentado o instrumento de outorga de direito de uso dos recursos hídricos (art. 6º, inciso III e arts. 10 à 18 da Lei Estadual n. 2.406/02), nos termos do Decreto Estadual n. 13.990/14, publicado no DOE n. 8.707, de 03 de julho de 2014, p. 4 à 6. (legislação atualizada no sitio eletrônico: www.imasul.ms.gov.br.)

Estabelece o art. 3º, § 1º, do Decreto Estadual n. 13.990/14 sobre outorga:

> *"Art. 3º - A outorga de direito de uso dos recursos hídricos é o ato administrativo mediante o qual o Poder Executivo Estadual faculta ao outorgado o uso de recursos hídricos, em condições pré-estabelecidas e por tempo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato, considerando as legislações específicas vigentes.*
>
> *§ 1º - Compete ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia (SEMAC), outorgar e fiscalizar o direito de uso de recursos hídricos."*

Assim como o código anterior de processo civil, permanece a exigência de que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência (art. 376, do CPC/15).

A legislação estadual, embora não acostada integralmente, pode se notar através de busca a rede mundial de computadores, dispõe acerca dos poços de água subterrâneas e estabelece que o Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL) outorgue e fiscalize o direito de uso de recursos hídricos. Ora, as condições pré-estabelecidas e o tempo não foram amplamente detalha no decreto e, ainda que assim fosse, será necessário novo procedimento administrativo para sua concessão, nos moldes da nova normatização.

Portanto, sua aplicação no caso em tela, exatamente por ser superveniente, resta prejudica.

Mérito

Quanto ao mérito recursal, os primeiros apelantes pretendem o julgamento improcedente da demanda em face da dispensa da outorga de uso, ao passo que o *parquet* pretende o provimento do recurso para obrigar os requeridos Cerrado Hotel Ltda., Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho absterem-se de possuir ou utilizar sistema alternativo de captação de água e de dispensação de esgoto; paralisarem as suas atividades hoteleiras até que obtenham as licenças referidas no item b.4 do recurso (p. 907-908); pagarem quantia certa a título de reparação pelo uso da água e de reparação aos consumidores lesados, tanto do ponto de vista individual homogêneo quanto extrapatrimonial coletivo.

Requer, ainda, que os requeridos Município de Campo Grande, IMASUL e Estado de Mato Grosso do Sul, sejam condenados solidariamente a fiscalizarem e vistoriarem as atividades dos apelados, bem como a não concederem ou renovarem licenças, autorizações e outorgas relativas ao poço existente no local, e ao ressarcimento pelo uso da água e pelos danos extrapatrimoniais causados ao meio ambiente e aos consumidores, além de fixar multa contra ao Município em caso de concessão/renovação das licenças ambientais simplificada.

Pois bem. Conforme se dessume dos autos, o Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, muito embora exista rede pública de água e de esgoto e a respectiva obrigatoriedade de conexão, constatou que o Cerrado Hotel Ltda. descumpre a legislação vigente, eis que realiza a captação de água subterrânea, através de poço, bem como promove a liberação de resíduos por meio de fossa e não pela rede de esgoto disponibilizada pela concessionária competente para tanto.

Em razão dessas irregularidades, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil para que as providências legais fossem adotadas pelos requeridos, referentes à captação ilegal de água subterrânea e da dispensação irregular de esgoto, e para que os entes públicos fiscalizassem e exigissem do empreendimento a postura correta prevista na legislação ambiental.

Diante da inércia dos requeridos, o Ministério Público ajuizou a presente Ação Civil Pública, requerendo, em síntese, que o estabelecimento fosse impedido de utilizar os meios irregulares de captação de água e de dispensação de esgoto, e compelido a aderir ao sistema público respectivo. Os pedidos iniciais foram parcialmente acolhidos.

Neste momento, insurge-se o MPE quanto a não condenação dos requeridos no pagamento da indenização decorrente da indevida utilização de água subterrânea, bem como pelo dano moral coletivo. Ainda, o recorrente pretende o acolhimento de seus pedidos iniciais consistentes nas obrigações de fazer e não fazer impostas aos requeridos.

Conforme é possível evidenciar dos autos, os fatos que ensejaram o ajuizamento desta ação são bem definidos na inicial, quais sejam, a captação de água subterrânea e a dispensação de esgoto, sem a ligação do hotel com a rede pública de prestação de serviços de água e de esgoto.

Assim, os pedidos relacionados ao Cerrado Hotel Ltda. são direcionados a resolver os problemas acima expostos e de evitar a sua repetição. Por outro lado, as obrigações de fazer ou de não fazer imputáveis aos entes públicos são pertinentes à fiscalização do empreendimento e à vedação de fornecimento de licenças enquanto não houver o atendimento às normas ambientais pelos requeridos.

Ao resolver a demanda, o Juiz singular definiu claramente as obrigações de cada um, conforme o trecho da sentença transcrito a seguir:

> *"(...) Do poço.*
>
> *O Hotel requerido construiu poços para a captação de água subterrânea. As partes divergem quanto a destinação desta água, quanto à sua qualidade e quanto a possibilidade de manutenção do poço em funcionamento.*
>
> *No aspecto legal percebemos que as águas subterrâneas são patrimônio público*[1] *e o seu aproveitamento depende de outorga ou de autorização de uso pelo Estado, através do preenchimento de determinados critérios que serão definidos pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos*[2].
>
> *É importante registrar que o procedimento para a outorga deste direito ainda não foi concluído, muito embora um decreto do governador*[3] *já tenha definido o modo de composição do Conselho de Recursos Hídricos e este mesmo Conselho já tenha aprovado o Plano Estadual de Recursos Hídricos de Mato Grosso do Sul*[4].
>
> *É certo, por outro lado, que existe uma resolução da Secretaria Estadual do Meio Ambiente que define, ainda que precariamente, uma solução para este vazio legislativo. É a Resolução Semac n. 08, de 06 de julho de 2009. Abro um parênteses para esclarecer que o termo "precariamente", acima utilizado, decorre da inexistência da tal*

1 *"Constituição Federal:*
Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:
I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União".
2 Lei n. 2.406/02 art. 33, VII.
3 Decreto n. 12.366/07
4 Que acompanha a contestação do Estado.

regulamentação construída pelo órgão competente (Conselho de Recursos Hídricos[5]) e a partir dos dados e dos estudos vindos do Plano Estadual de Recursos Hídricos de Mato Grosso do Sul.

Seja como for, trata-se de ação positiva de natureza administrativa tendente a suprir a lacuna até que venha a regulamentação pelo órgão competente (Conselho de Recursos Hídricos), demonstrando que o Poder Público não está de todo omisso, ao contrário do que foi alegado.

Esta resolução Semac n. 08/09 dispõe o seguinte:

"Considerando que o Conselho Estadual de Recursos Hídricos ainda não estabeleceu os critérios gerais para a outorga de direito de uso...

Resolve (...)

Art. 1º - A instalação de poços tubulares profundos, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, será ambientalmente autorizada de acordo com as disposições desta Resolução.

§ 1º Para efeito dessa resolução entende-se por poços tubulares profundos aqueles oriundos de obras de hidrogeologia de acesso a um ou mais aquíferos, para captação de água subterrânea executadas com sonda perfuratriz.

§ 2º Ficam dispensadas da obtenção da autorização de que trata o caput deste artigo as seguintes fôrmas de captação de água subterrânea:

I. Perfuração e operação de poços de grandes diâmetros, escavados manualmente, dotados ou não de revestimento com tijolos ou anéis de concreto; e

II. Perfuração e operação de poço tubular com profundidade inferior a 50 mestros e diâmetro inferior a quatro polegadas e meia.

§ 3º A dispensa de autorização de que trata o parágrafo anterior não exime o proprietário do poço e o técnico responsável pela implantação do sistema de captação, da responsabilidade por danos ambientais decorrentes das intervenções realizadas com vistas à captação de água e nem de outras obrigações legais decorrentes da atividade de captação, a exemplo da vedação de interligação de poços à instalação hidráulica predial que esteja ligada à rede pública de abastecimento de água que trata o art. 45 da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

§ 4º Em áreas urbanas servidas com rede pública de abastecimento de água, a expedição de autorização ambiental para perfuração de novo poço tubular profundo ou a certificação de poços tubulares profundos já existentes poderá ser indeferida, a critério do IMASUL, em função do tipo de uso pretendido para a água e das possibilidades de recepção das águas residuárias por rede de esgoto ou sistema de tratamento.

Art. 2º - Em conformidade com o disposto no art. 1º, o IMASUL emitirá os seguintes documentos:

I. Autorização ambiental para perfuração de poço tubular profundo: concedida na fase preliminar aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos para a perfuração e testes do poço, não conferindo ao seu titular, o direito ao uso dos recursos hídricos;

II. Certificado de Registro de Poço: documento que certifica o registro do poço tubular profundo e confere direito ao uso dos recursos hídricos" – destaque nosso.

5 Lei n. 2.406/02 art. 33, VII.

Percebe-se da parte destacada na resolução acima que em locais servidos com a rede pública de água era vedado a "interligação" de poços à instalação hidráulica predial, mas ficava a dúvida quanto a perfuração dos poços para uso autônomo, até porque o parágrafo quarto admitia a possibilidade de certificação de poços existentes em áreas urbanas servidas com a rede pública de água.

Já a Resolução SEMAC n. 001 de 09/01/2014 foi mais clara e incisiva, não deixando margem para dúvidas, ao consignar que:

- "art. 1º...

§ ***4º. Em áreas urbanas servidas com rede pública de abastecimento de água não será expedida Autorização Ambiental para perfuração de novo poço ou certificação de poços já existentes****, exceto para atender de processos industriais ou casos excepcionais devidamente justificados e acatados pelo IMASUL"* - grifei.

Do exposto, ficam claros os seguintes aspectos:

- o Estado de Mato Grosso do Sul está regulamentando o uso dos recursos hídricos do Estado, mas ainda não definiu critérios para se conceder o direito de uso das águas subterrâneas. Talvez precise de mais tempo;

- ao menos desde 09/01/2014, o uso deste recurso natural nas áreas urbanas servidas com rede pública é proibido, salvo as exceções transcritas na norma acima;

- até a data acima, pela ausência de disposição clara e completa em contrário e pela inteligência do art. 11, II e § 1º e do art. 20, § 1º da Lei Estadual 2.406/02 adiante transcritos, a perfuração de poços e o uso da água subterrânea para usos ditos "insignificantes" era tolerada e isenta de remuneração, desde que existisse a comunicação ao órgão ambiental em formulário próprio e acompanhada técnico especializado. Estes formulários acompanham a contestação do Estado revelando que eram tolerados e utilizados. Assim, o hotel requerido não estava, até então, claramente impedido de perfurar poços rasos, para usos insignificantes e sem interligação a rede hidráulica predial.

Sendo assim, improcede o pedido de indenização pelo uso da água, por danos ambientais e por danos morais coletivos, que, diga-se de passagem, sequer foram demonstrados.

Por outro lado, é procedente o pedido de tamponamento dos poços existentes e também o pedido para que a fiscalização do Poder Público aconteça, pois esta obrigação é inerente à sua atividade. Como o tamponamento será definitivo, a fiscalização não precisará ser anual, bastando uma vez para se confirmar o cumprimento da orem judicial.

Transcrevo adiante os artigos da Lei Estadual 2.406/02 acima mencionados:

"Art. 11. Estão sujeitos a outorga pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo, dentre outros estabelecidos pelo Conselho Estadual dos Recursos Hídricos, os seguintes usos do recurso:

II - extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo...

§ 1º A outorga, nos casos de usos insignificantes, deverá ser substituída por Comunicação de Obra ao Órgão Concedente, sempre que tiver formulário próprio assinado

por responsável técnico, excetuados os casos de usos dos recursos hídricos com potencial de grande interferência no meio ambiente.

§ 2º O órgão fiscalizador disporá, no caso da Comunicação de Obra prevista no parágrafo anterior, do prazo de 30 (trinta) dias para fiscalizar o empreendimento ou exigir maiores providências, findos os quais, não havendo contradição oficial, considerar-se-á o empreendedor autorizado a realizar a obra proposta.

Art. 12. O regulamento estabelecerá os critérios e diretrizes do cadastramento e outorga de que se refere o artigo anterior.

Art. 20...

§ 1º São considerados insignificantes e serão isentos da cobrança pelo direito de uso da água as capacitações e derivações empregadas em processo produtivo agropecuário, assim como os usos destinados à subsistência familiar rural ou urbana, mantida, em todos os casos, entretanto, a obrigatoriedade de cadastramento no órgão outorgante...

Art. 21. Estão sujeitos à cobrança todos aqueles que utilizam os recursos hídricos.

§ 1º A utilização dos recursos hídricos destinados às necessidades domésticas de propriedades e de pequenos núcleos habitacionais, distribuídos no meio rural, estará isenta de cobrança quando independer de outorga de direito de uso, conforme legislação específica."

Por fim, em relação aos demais pedidos do Ministério Público a respeito da documentação do hotel e da necessidade de ligação com a rede pública de água e esgoto, vale o registro de que a contestação do hotel apresenta documentos suficientes para se concluir que estes fatos específicos já foram superados ou não correspondem exatamente à realidade.

Para conhecer de todas as alegações, afirma-se que a qualidade da água e o seu uso apenas para limpeza da área externa ou para regar o jardim são argumentos que restam prejudicados, pois sem a devida regulamentação de outorga, o uso dos poços passou a ser inequivocamente proibido desde 09/01/2014, com a edição da Resolução SEMAC n. 001/2014.

Por estes motivos, julgo parcialmente procedente os pedidos para:

- determinar o tamponamento definitivo dos poços de água subterrânea que existam no estabelecimento hoteleiro requerido, proibindo o uso deste líquido para qualquer fim. Este tamponamento deverá ser feito sob a supervisão de técnico habilitado, para evitar contaminação do lençol freático;

- determinar que as pessoas jurídicas de direito público requeridas, cada qual no âmbito de sua competência, procedam a fiscalização a respeito do cumprimento desta determinação, comunicando nos autos.

Arbitro multa para o caso de descumprimento da ordem em R$ 500,00 por dia, limitada a 90 dias, em favor do Fundo Estadual do Meio Ambiente. Esta multa poderá ser aumentada a depender da resistência dos requeridos, sem prejuízo da execução do primeiro valor ou interdição do local, conforme as circunstâncias o recomendem.

Os prazos se iniciam da intimação desta decisão, independentemente da existência de recurso. Antecipo os efeitos da tutela jurisdicional nesta parte, já que o direito reclamado

foi reconhecido parcialmente, conforme constou acima, e o perigo de dano irreparável advém do risco à saúde e à segurança pública, pelas omissões denunciadas e reconhecidas tacitamente pelo hotel e seus Sócios.

Julgo extinto o processo nos termos do art. 269, I, do CPC. Sem custas e honorários.

Publique-se, registre-se e intimem-se. Oportunamente, arquive-se".

As providências requeridas pelo Ministério Público Estadual foram atendidas, no que concerne ao tamponamento do poço e à ligação do hotel à rede pública de prestação de serviços de água e de esgoto. Assim, não é possível sustentar que a tutela requerida não foi atendida nesta ação.

Por outro lado, o Município de Campo Grande informou, através de sua contestação, bem como outros documentos demonstram esta situação, que, em vistoria realizada no imóvel em que está sediado o empreendimento imobiliário, o Cerrado Hotel Ltda., efetuou o pedido de ligação a rede pública de abastecimento de água e coletora de esgoto em 06/08/2008 (p. 151/152) e o serviço somente restou concretizado em agosto de 2010 (154-155), conforme informação confirmada pela concessionária de serviço público – Águas Guariroba.

Ainda, noticiou a concessão de Licença Ambiental n. 03.108/2011, com validade até 09/05/2015 (p. 159-160).

Assim, verifica-se que os fatos elencados pelo Ministério Público Estadual como infração ao meio ambiente e possíveis geradores de dano material e moral à coletividade, ou já foram devidamente solucionados ou sobre eles há expressa referência na sentença, como o objeto das obrigações de fazer impostas ao requeridos.

Outrossim, é certo que as demais providências mencionadas no recurso do Ministério Público – tais como a vedação aos entes públicos quanto à concessão de licenças ambientais e outros tipos de documentos – enquadrar-se-iam no âmbito do que se poderia entender por sentença condicional, ou seja, não se trataria propriamente de imposição de obrigação de fazer ou de condenação quanto aos fatos mencionados na inicial, mas de situações que podem ou não ocorrer, daqui para frente.

Ora, uma vez que a sentença condicional é vedada no sistema processual brasileiro, especificamente pelo art. 492, parágrafo único, do CPC/2015, não há como acolher a pretensão do apelante.

Por outro lado, a despeito de restar comprovada a existência de poço tubular no Hotel Cerrado Ltda., a quantificação de seu uso não restou provada nos autos, muito menos houve demonstração de que os hóspedes ou quaisquer outros cidadãos tivessem sido afetados concretamente pela capacidade do hotel em realizar a captação subterrânea de água.

Ainda, não verifico ter sido realizada qualquer perícia técnica no local a fim de verificar para que fins é utilizada a água, a qualidade dessa, e a existência de poluição ou mesmo a potencialidade de dano ambiental com o uso do referido poço. Portanto, não há provas quanto ao provável dano ambiental destacado pelo autor, ora apelante.

Era ônus do requerente comprovar o alegado dano ambiental, até porque, a questão acerca da inversão do ônus probatório já foi decidida nesta Corte, quando da interposição do agravo de instrumento de n. 1400758-96.2014.8.12.0000, no qual restou expressamente negado o pedido do autor, conforme já havia sido deliberado pelo juiz de primeira instância.

Assim, encontra-se preclusa qualquer discussão quanto à possibilidade ou não de inversão do ônus da prova.

Neste momento, considero importante destacar o seguinte trecho do acórdão proferido por este Tribunal quando do exame da questão envolvendo a inversão probatória:

> *"2 – Quanto a inversão do ônus da prova, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "A inversão do ônus da prova está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"* (AgRg no Ag n.º 789.682/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03/02/2009, DJe de 12/02/2009).
>
> *Não basta, portanto, se tratar de violação às normas ambientais, pois embora se aplique à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (art. 21, da Lei nº 7347/85 c/c arts. 6º e 90, da Lei nº 8.078/90) "em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal."* (AgRg no Ag n.º 651.899/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 20.11.06).[6]

Colho, oportunamente, o seguinte julgado da Corte Superior em que, em consonância com o entendimento exposto acima e a decisão do juiz singular, limita a inversão do ônus da prova:

> *"EMENTA: ÁGUA. POÇO ARTESIANO. OUTORGA. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. DANO AMBIENTAL. REDE PÚBLICA. 1. Não é de se conhecer de apelação na parte em que não se mostra útil ao recorrente por falta de interesse. Hipótese em que a sentença condenou a Ré a se abster de instalar novo poço artesiano e de utilizar forma alternativa de abastecimento de água sem outorga do poder público. 2. É obrigatória a ligação na rede pública de abastecimento de água, em caso de disponibilidade, sendo defesa a exploração de outras fontes de captação de água. Art. 45 da Lei nº 11.445/2007. 3. São legais as restrições ao uso dos recursos hídricos subterrâneos constantes do artigo 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74. É ilegal, portanto, a exploração de água subterrânea sem prévia outorga do Poder Público. Constatado o uso ilegal, é de ser ordenado o tamponamento do poço artesiano. 4. A inversão do ônus da prova subordina-se à prova da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da parte. Jurisprudência do STJ. O ajuizamento pelo Ministério Público de ação civil pública de reparação por dano ambiental não leva, forçosamente, à inversão do ônus da prova. A exploração de poço artesiano sem outorga não gera, necessariamente, dano ambiental, e o Ministério Público não pode ser considerado, na causa em que litiga com idosa de mais de 70 anos e de poucos recursos, parte hipossuficiente. 5. A responsabilidade objetiva por dano ambiental exige prova do evento danoso e do nexo causal. Recurso do Autor conhecido, em parte, e, na parte conhecida, negado seguimento. Negado seguimento ao recurso da Ré."* (Apelação Cível Nº 70051645810, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 06/11/2012)
>
> *Desta feita, mantenho a negativa de inversão do ônus da prova, conforme estabelecido pelo magistrado de primeiro grau".*

Aliás, é de registrar que se quer houve Recurso Especial manejado pelo MPE contra a decisão desta Corte, até porque seu exame envolveria a análise de matéria fática, situação esta incompatível com o sistema do STJ.

Neste sentido, não tendo o autor comprovado o suposto dano material e moral, não há como acolher seu pedido de reparação.

6 REsp 897.849/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 28/02/2007 p. 220

É importante destacar que o mero consumo da água captada do subsolo não é atividade potencialmente poluidora, não podendo a eventual falta de autorização ensejar a condenação dos requeridos, sendo certo que as diretrizes estabelecidas pelo MPE apelante para elaboração do valor devido em eventual condenação são parâmetros gerais e não tratam a realidade dos fatos; são presunções do que seria o consumo daquele empreendimento hoteleiro e não comprovam qualquer dano ambiental.

Portanto, adequada a sentença ao rejeitar o pedido de condenação formulado pelo autor, descabendo qualquer revisão neste tópico.

Registram-se os seguintes julgados, inclusive desta Corte, que, em situação semelhante, indeferiu o pedido de condenação dos requeridos ante a ausência de prova do dano ambiental:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. POÇO ARTESIANO. UTILIZAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA PARA CONSUMO HUMANO. LOCAL ABASTECIDO PELA REDE PÚBLICA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Caso em que incorreta a sentença do Julgador a quo em autorizar o uso de poço artesiano para fins de consumo humano, uma vez que restou comprovado que o local em questão é abastecido por rede pública - CORSAN. Hipótese em que a água proveniente do poço só pode ser utilizada para fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura, consoante os termos do art. 96 do Decreto Estadual nº 23.430/74. Precedentes jurisprudenciais. 2. Em razão da ausência de produção de provas a fim de apurar a existência de dano ambiental ou da potencialidade de dano com o uso do poço no caso concreto, não há que se falar em pagamento de indenização pelos danos difusos materiais e morais. Recurso de apelação parcialmente provido. unânime."* (Apelação Cível Nº 70057644379, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 16/04/2014)

> *"EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – MÉRITO – LEGITIMIDADE PASSIVA DE SÓCIOS – NÃO CONFIGURAÇÃO – PESSOAS QUE NÃO EXERCEM QUALQUER FUNÇÃO DE COMANDO OU QUE TENHAM PRATICADO ATOS QUE PREJUDIQUEM O MEIO AMBIENTE - CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA E DISPENSAÇÃO DE ESGOTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TAMPONAMENTO DO POÇO E ADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO AO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PELA CONCESSIONÁRIA RESPECTIVA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.*
>
> *Não ofende o princípio da dialeticidade o recurso que reitera os mesmos fundamentos já utilizados na inicial, porque, dada a insurgência sobre a parte na qual houve sucumbência, é coerente que haja repetição de argumentos.*
>
> *A legitimidade para figurar no pólo passivo da ação civil pública deve estar relacionada com a existência de poder de administração por parte do sócio, ou que ele tenha praticado atos que impliquem infração ao meio ambiente.*
>
> *Os danos materiais e morais decorrentes de violação de direitos difusos – decorrentes do uso de água e da eventual degradação do solo ou das águas ou da saúde dos cidadãos – somente são cabíveis caso sejam efetivamente demonstrados, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que nos períodos em que passou a ser expressamente vedado o uso de poços subterrâneos de captação de água, a empresa já havia sido impedida de proceder desse modo.*

É cabível a aplicação de multa por descumprimento contra a Fazenda Pública, em razão da inexistência de vedação legal nesse sentido." (TJMS - 0831172-60.2013.8.12.0001. Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/09/2015; Data de registro: 04/09/2015)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO MPE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – MÉRITO – CAPTAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEA E DISPENSAÇÃO DE ESGOTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TAMPONAMENTO DO POÇO E ADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO AO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO PELA CONCESSIONÁRIA – FISCALIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – INDEVIDA – NÃO COMPROVAÇÃO – PEDIDO DO AUTOR DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO – MATÉRIA DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não ofende o princípio da dialeticidade o recurso que reitera os mesmos fundamentos já utilizados na inicial, porque, dada a insurgência sobre a parte na qual houve sucumbência, é coerente que haja repetição de argumentos. Os danos materiais e morais decorrentes de violação de direitos difusos – decorrentes do uso de água e da eventual degradação do solo ou das águas ou da saúde dos cidadãos – somente são cabíveis caso sejam efetivamente demonstrados, o que não é o caso dos autos, porquanto o autor, além de não cumprir o ônus que lhe competia (art. 333, I, do CPC), não logrou êxito no pedido de inversão do ônus da prova, mormente o fato desta questão ter sido decidida em agravo de instrumento anteriormente apreciada." (TJMS - Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/03/2016; Data de registro: 17/03/2016 - º 0831154-39.2013.8.12.0001)

Especificamente quanto a dispensa da outorga apontada pelos réus, faço as seguintes anotações.

Conforme ensinamento do i. Professor e Ministro Herman Benjamin, três são os objetivos dorsais da Lei 9.4433/97, todos eles com repercussão na solução da presente demanda: a preservação da disponibilidade quantitativa e qualitativa de água, para as presentes e futuras gerações; a sustentabilidade dos usos da água, admitidos somente os de cunho racional; e a proteção das pessoas e do meio ambiente contra os eventos hidrológicos críticos, desiderato que ganha maior dimensão em época de mudanças climáticas.

Além disso, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos apóia-se em uma série de princípios fundamentais, cabendo citar, entre os que incidem diretamente no litígio, o princípio da dominialidade pública (a água, dispõe a lei expressamente, é bem de domínio público), o princípio da finitude (a água é recurso natural limitado) e o princípio da gestão descentralizada e democrática.

As águas subterrâneas são "recurso ambiental", nos exatos termos do art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o que obriga o intérprete, na solução de litígios associados à gestão de recursos hídricos, a fazer uma leitura conjunta dos dois textos legais, em genuíno exercício de diálogo das fontes[7].

Assim, voltando-se para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, temos que esta é firme no sentido de que o inciso II do art. 12 da Lei n. 9.433/97 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo.

O citado dispositivo de lei assim declara:

"Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes

7 REsp 994.120/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 27/04/2011.

usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água."

Logo, não procedem as assertivas de igualdade constitucional, ou desigualdade econômica, para empresa do ramo de hotelaria, pois imprescindível a outorga para se extração de água de aqüífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo no intuito de assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

As exceções que independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento será para o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes; e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes (§ 1º, do art. 12 da Lei n. 9.433/97).

Nessa senda, colho as presentes ementas da Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL/RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS POR MEIO DE POÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA.SÚMULA N. 83/STJ. I - É firme a orientação desta Corte Superior no sentido de ser necessária a outorga do ente público para a exploração de águas subterrâneas através de poços artesianos. II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. III - Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 263.253/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 15/06/2015)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS ATRAVÉS DE POÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA. 1. O inciso II do art. 12 da Lei n. 9.433/97 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo. Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água e que se coaduna com o advento da Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico. 2. É defeso ao Poder Judiciário se imiscuir na seara administrativa dos órgãos vinculados ao Poder Executivo, para, sobrepondo-se a esses órgãos, emitir provimento judicial para a regularização de poço artesiano. 3. O art. 257 do RISTJ é claro ao consignar que, no julgamento do apelo nobre, esta Corte deve aplicar o direito à espécie. 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AgRg no REsp 1185670/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 06/09/2011.)

Pelo exposto, devem ser negados ambos os recursos interpostos.

Prequestionamento.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida

Diante do exposto e em parte com o Parecer, conheço do recurso interposto por Cerrado Hotel Ltda., Mauro José Capelari, Paola Capelari Batezini, Bruna Capelari e Mauro José Capelari Filho e em parte do apelo do Ministério Público Estadual e, na parte conhecida deste último, nego-lhes provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0800188-24.2014.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO DE LIMINAR – MEDIDAS ASSISTENCIAIS À ADOLESCENTE, ÓRFÃ, PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS – MANTIDO – IMPROVIDO.

Resta improvido o reexame necessário quando verificado o acerto da sentença que julgou procedente o pedido inicial, constante da ação de obrigação de fazer, impondo ao Município que disponibilize à adolescente, órfã, portadora de necessidades especiais, toda a assistência social, além de criação e manutenção de instituições de abrigo e acolhimento para menores em situações de risco ou vulnerabilidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

O Juízo da 2ª Vara da comarca de Sidrolândia submete a reexame necessário a sentença que julgou procedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer com pedido de liminar, de n. 0800188-24.2014, proposta Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor da adolescente com necessidades especiais, J. C. do N..

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo ratificação da sentença submetida a reexame (p. 288-295).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

O Juízo da 2ª Vara da comarca de Sidrolândia submete a reexame necessário a sentença que julgou procedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer com pedido de liminar, de n. 0800188-24.2014, proposta Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor da adolescente com necessidades especiais, J. C. do N..

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul propôs a presente ação em desfavor do Município de Sidrolândia, objetivando a concessão de diversas medidas de assistência à adolescente J. C. do N., portadora de necessidades especiais, diabetes e psicose, a qual se encontra, ainda, sem o amparo de familiares a depender, exclusivamente, do município requerido, haja vista a morte de seus pais, sem que houvesse qualquer familiar que a atendesse.

Foi concedida liminar (p. 80), determinando ao Município de Sidrolândia as seguintes providências: fornecimento de residência inclusiva à adolescente; disponibilização de uma pessoa para zelar 24 horas da adolescente; atendimento psicológico; atendimento psiquiátrico; inclusão da adolescente em atividades físicas, escolas e outros cursos que possam ocupá-la; fornecimento de alimentação, vestuário e produtos de higiene.

A parte dispositiva da sentença está assim descrita:

> *"Diante do exposto, confirmando a liminar concedida, julgo procedente os pedidos para determinar: 1) a manutenção da adolescente em residência inclusiva; 2) a disponibilização de serviço de enfermagem à adolescente sempre que for necessário; 3) a disponibilização de cuidador 24 horas; 4) atendimento por psicólogo; 5) atendimento psiquiátrico; 6) atendimento por nutricionista; 7) a disponibilização de cursos, escola, alimentação, vestuário, higiene pessoal, educação, lazer, profissionalização e cultura, sob pena de bloqueio do montante necessário nas contas públicas.*
>
> *Homologo as contas prestadas às fls. 232/252.*
>
> *Sem custas ante a isenção. Condeno a parte ré, contudo, em honorários, estes em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.*
>
> *Decorrido o prazo de recurso voluntário, submeto a sentença ao reexame necessário.*
>
> *Após o trânsito em julgado, arquive-se com as baixas de estilo.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se."*

Em atenção ao feito, com as provas então produzidas, tenho que o julgamento reexaminado não merece reparos.

Na presente hipótese, temos que a assistida pela Defensoria Pública deste Estado é uma adolescente que necessita de acolhimento institucional e assistência 24 horas por dia, por meio de serviço social especial de alta complexidade, pois é inteiramente incapaz de viver de modo autônomo.

Pois bem. Conforme bem considerado na sentença e no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, compete legalmente ao requerido, Município, atender as crianças e adolescentes na área de sua abrangência, que estejam expostas a situação de risco.

Ora, a respeito da obrigação do réu, impõe-se a invocação da Constituição Federal e do próprio Estatuto da Criança e Adolescente:

Artigo 227, da Constituição Federal:

> *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."*

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, estabelece:

> *"Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:*
>
> *I - municipalização do atendimento;"*

A pretensão inicial encontra abrigo no ECA, porquanto este prevê medidas protetivas (artigo 98[1]), bem como o acolhimento institucional (art. 101, VII[2] e § 1º) à adolescente, impondo à municipalidade que disponha de entidade para tanto, atendendo-se, assim, ao dever de atenção e proteção integral da criança e do adolescente.

Ademais, corroborando com o acerto da imposição à Municipalidade e prestigiando o parecer Ministerial, há de se relembrar o disposto no artigo 92, do ECA, no qual estatuiu-se o dever do requerido com a criação e manutenção de instituições de abrigo e acolhimento para menores em situações de risco ou vulnerabilidade, haja vista estes itens consta da política ampla de atendimento e de efetiva prioridade, da qual o Município não pode se desvincular. Veja:

> *"Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:*
>
> *I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;*
>
> *II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa;*
>
> *III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;*
>
> *IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;*
>
> *V - não desmembramento de grupos de irmãos;*
>
> *VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;*
>
> *VII - participação na vida da comunidade local;*
>
> *VIII - preparação gradativa para o desligamento;*
>
> *IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.*
>
> *§ 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.*
>
> *§ 2º Os dirigentes de entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional remeterão à autoridade judiciária, no máximo a cada 6 (seis) meses, relatório circunstanciado acerca da situação de cada criança ou adolescente acolhido e sua família, para fins da reavaliação prevista no § 1º do art. 19 desta Lei.*

1 Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

2 Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
(...)
VII - acolhimento institucional;

§ 3º Os entes federados, por intermédio dos Poderes Executivo e Judiciário, promoverão conjuntamente a permanente qualificação dos profissionais que atuam direta ou indiretamente em programas de acolhimento institucional e destinados à colocação familiar de crianças e adolescentes, incluindo membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar.

§ 4º Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, estimularão o contato da criança ou adolescente com seus pais e parentes, em cumprimento ao disposto nos incisos I e VIII do caput deste artigo.

§ 5º As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional somente poderão receber recursos públicos se comprovado o atendimento dos princípios, exigências e finalidades desta Lei.

§ 6º O descumprimento das disposições desta Lei pelo dirigente de entidade que desenvolva programas de acolhimento familiar ou institucional é causa de sua destituição, sem prejuízo da apuração de sua responsabilidade administrativa, civil e criminal.

§ 7º Quando se tratar de criança de 0 (zero) a 3 (três) anos em acolhimento institucional, dar-se-á especial atenção à atuação de educadores de referência estáveis e qualitativamente significativos, às rotinas específicas e ao atendimento das necessidades básicas, incluindo as de afeto como prioritárias."

Importante afirmar, por último, que em favor da adolescente, portadora de necessidades especiais, bem como, em respeito ao contexto protetivo trazido no ECA, além do acolhimento, haja execução de medidas de proteção, condições dignas de subsistência como alimentação, vestuário, higiene pessoal, escola, assistência multidisciplinar e disponibilização de tratamento médico e psicológico.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, ratificaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802251-39.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PROL DA DEFENSORIA PÚBLICA – SÚMULA 412 DO STJ – INDEVIDOS – RECURSO PROVIDO.

Não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos de ação de obrigação de fazer de n. 0802251-39.2014.8.12.0007 em que contende com Ilma Rosa Alves, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que é indevida a condenação do Estado no pagamento de honorários advocatícios a Defensoria Pública, quando esta atua em processos contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, cuja questão encontra-se sumulada por meio do verbete 421, do Superior Tribunal de Justiça.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para que seja excluído da condenação ao pagamento de verba honorária.

O recurso foi respondido batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo (p. 98/102).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento da súplica (p. 110/118).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, nestes autos de ação obrigação de fazer ajuizada por Ilma Rosa Alves.

Sustenta o apelante que a sentença objurgada deve ser reformada no que pertine a condenação em verba honorária, uma vez que a Defensoria Pública é um órgão do Estado, que atualmente detém autonomia administrativa e financeira, recebe o repasse de seu duodécimo também da Conta Única do Tesouro Estadual.

Alega que não há como manter a condenação do Estado a pagar honorários a si mesmo, em valores a serem retirados da mesma conta única do Tesouro do Estado.

A magistrada singular condenou o Estado em honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (mil reais), em favor da Defensoria Pública/MS.

De fato, o Estado de Mato Grosso do Sul não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual, tendo em vista serem a mesma pessoa, daí a confusão entre credor e devedor da mesma obrigação, na forma preconizada no art. 381 do Código Civil.

A despeito da instituição do Fundo Especial de Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – FUNADEP – que é constituído das importâncias arrecadadas a título de honorários de sucumbência devidos à Defensoria Pública Estadual, tal fato não conferiu à Defensoria Pública personalidade jurídica, mas sim estabeleceu que os honorários devidos, em razão da intervenção da Defensoria, não mais se reverteriam em favor da Fazenda Pública, mas, sim, em favor do mesmo órgão, sendo depositados em conta especial no Fundo ali criado.

Nesse sentido, é a orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça em julgamento afeto ao regime dos recursos repetitivos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL PARA PROPOR EXECUÇÃO VISANDO À COBRANÇA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A ELA DEVIDOS POR AUTARQUIA MUNICIPAL. 1.* ***A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.108.013/RJ, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon e de acordo com o procedimento previsto no art. 543-C do CPC, decidiu que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante.*** *A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município (DJe de 22.6.2009). Não configurado o instituto da confusão, é inaplicável ao caso a Súmula 421/STJ, do seguinte teor: "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença." 2. No Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Complementar nº 111/2005, ao organizar a Defensoria Pública Estadual, no inciso XXI de seu art. 34, estabelece a competência dos Defensores Públicos para "requerer o arbitramento e o recolhimento de honorários em favor da Defensoria Pública". De acordo com a legislação acima e em conformidade com a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul detém legitimidade para propor a ação de execução dos honorários advocatícios a ela devidos pela Fazenda Pública Municipal. Nesse sentido, aliás, é o seguinte julgado da Primeira Turma, apontado como paradigma no presente recurso e proferido também em recurso especial oriundo do Estado de Mato Grosso do Sul: REsp 1.052.920/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.6.2008.3. Recurso especial provido."* (REsp 1183771/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010) (frisei)

> *"PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – HONORÁRIOS DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA – JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO – EC 45/2004 – INALTERABILIDADE DO POSICIONAMENTO DA CORTE.*

> *1. A Primeira Seção, julgando o REsp 596.836/RS por afetação da Segunda Turma, em decisão datada de 14/04/2004 e publicada em 02/08/2004, uniformizou o entendimento, no sentido de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, motivo pelo qual não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Ressalva de entendimento pessoal. 2. Posicionamento que não se altera mesmo diante da Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu às Defensórias Públicas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do § 2º ao art. 134 da CF/88. 3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 646.024/RS – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 11/04/2006 – DJ 23/05/2006, p. 139)

Esse também é o entendimento sedimentado na jurisprudência desta Corte, veja-se:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DETRAN – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – DIREITO DE AÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA INSUBSISTENTE – CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO – ART. 515, § 3º, DO CPC – TAXA DE ESTADA – COBRANÇA DEVIDA PELO PERÍODO DE ATÉ TRINTA DIAS – LICENCIAMENTO E SEGURO OBRIGATÓRIO – INDEVIDOS NO PERÍODO EM QUE O VEÍCULO FICOU PARADO NO PÁTIO DO DETRAN – MULTA URBANA – PRESCRIÇÃO – VISTORIA – DEVIDA – CORTE DE CHASSI – FALTA DE PREVISÃO LEGAL E DE COMPROVAÇÃO DO ATO – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM PAGOS POR AUTARQUIA ESTADUAL EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – PEDIDO INICIAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.(...) O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia repetitiva 1.108.013/RJ, reconheceu o direito de a Defensoria Pública receber honorários advocatícios de sucumbência se a autuação se der em face de pessoa jurídica de direito público diversa da qual for parte"* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.011770-1/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. João Maria Lós. J. 27.07.2010).

E, por fim, tem-se a súmula 421, da Corte de Estrito Direito, no sentido de que *"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença"*.

Diante do exposto, e com o parecer, dou provimento ao recurso de apelação para afastar a condenação do apelante Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de verba honorária.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801275-15.2012.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL COMBINADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARGUIÇÃO DE PRELIMINAR DECADENCIAL NEGADA – HABILITAÇÃO DE CURSO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DEVE SER FEITA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO LOCAL DE SUA REALIZAÇÃO TELEPRESENCIAL – DANOS MATERIAIS RESSARCIDOS NA MODALIDADE SIMPLES – DANOS MORAIS MANTIDOS – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

A habilitação de curso na modalidade à distância é feita pelos Conselhos de Educação Estadual do local em que o curso será ministrado telepresencialmente. A habilitação do curso em sua sede não supri a autorização dos CEE em local diverso desta.

São devidos danos morais por frustração ao registro do certificado de conclusão de curso juntamente ao COREN/MS.

Descabida a devolução em dobro dos danos materiais, vez que se configuraria *bis in idem*.

Os embargos declaratórios opostos com o intuito de manifestar inconformismo ou rediscutir o julgado evidencia seu caráter protelatório.

O benefício da assistência judiciária não pode ser conferido a segunda apelante, vez que esta possui renda mensal bruta que evidencia o padrão de vida razoável, bem como, na condição de coordenadora técnica dos serviços educacionais, auferiu lucro com a contratação dos serviços educacionais.

Recurso conhecido e parcialmente provido, a fim de restituir de forma simples os valores percebidos pelas Apelantes, devidamente corrigidos pelo IGP-M, a partir dos respectivos desembolsos e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

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, afastar a decadência, indeferir o pedido de justiça gratuita e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Teixeira e Araújo Eventos e Curso Ltda. e Maria José Nunes Correa contra Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista (f. 331/342), nos autos de ação ordinária, ajuizada por Aluzia Ribeiro, que julgou procedente o pedido inicial, resolvendo o contrato entabulado entre as partes e condenando as requeridas-apelantes a restituírem, em dobro, os valores pagos pela apelada, devidamente corrigidos. Condenou-as, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a primeira apelante que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, aduzindo, preliminarmente, a decadência da pretensão com base no Código de Defesa do Consumidor, de que o vício aparente ou de fácil constatação caduca ou em trinta ou em noventa dias, a depender do fornecimento de serviço ou produto ser durável ou não. Assevera que os cursos por ela ofertados são credenciados, autorizados e devidamente reconhecidos. Assim, o Conselho Estadual de Educação em Alagoas credenciou a apelante e autorizou o funcionamento de seus Cursos de Educação Profissional Técnica de Nível Médio, na modalidade educação à distância. Alega ainda, que a solicitação de seu credenciamento junto ao MEC estava sendo providenciado, eis que questionou juntamente a este ministério, através da Demanda n.º 3.246.462 sobre as providências necessárias para o oferecimento de cursos nesta modalidade, qual seja, à distância (EAD), fora do Estado sede. Que obteve a resposta de que não há necessidade de regulação/autorização pelo MEC nos cursos de educação profissional técnica de nível médio, devendo ser aprovado, autorizado e fiscalizado pelas secretarias estaduais de educação ou pelos conselhos estaduais de educação; não havendo desta feita, necessidade de credenciamento junto ao Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul, uma vez que já se encontra credenciada junto ao Conselho Estadual do Estado de sua sede. Alega que não merece prosperar a condenação a ela imposta pois a responsabilidade em transmitir as aulas via satélite para todo o Brasil foi realizada a contento. Assim, não há se falar em dano moral, tampouco em material, eis que a apelada assistiu a todas as aulas ministradas, participou de todas atividades implementadas. Argumenta que o serviço foi devidamente prestado.

A segunda apelante aduz que o curso não necessita de autorização para funcionamento, mas sim de mera anuência do Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul. Aduz que os demais alunos que concluíram o curso, inclusive em outras cidades onde também era ministrado o curso na modalidade EAD, obtiveram o diploma de conclusão e o devido registro junto ao Conselho Regional, na respectiva área de formação. Sustenta que não há previsão legal de que os cursos oferecidos pela Apelante, para que sejam implantados em Mato Grosso do Sul, necessitassem de autorização do Conselho Estadual de Educação/MS, havendo tão somente necessidade de mera informação junto ao CEE/MS da disponibilização do curso, posto que a autorização e credenciamento para seu funcionamento é de competência do Ministério da Educação. Assim, não existiu qualquer omissão de informação quanto à suposta inadequação do curso. Menciona a inexistência de previsão legal para a devolução em dobro das mensalidades uma vez que não houve qualquer cobrança indevida. Argumenta que a multa aplicada pelo Juízo de Primeiro Grau em sede de embargos declaratórios não é cabível, vez que apenas almejava que fossem sanadas as contradições existentes na Sentença, não havendo, portanto, o intuito protelatório. Por derradeiro, requer seja concedido o benefício da assistência judiciária.

Em contrarrazões, a apelada rebate as alegações das apelantes; alega que restou cabalmente demonstrado nos autos que o curso ofertado por aquelas não possuía a competente autorização para funcionamento. Que o curso oferecido possui o registro e autorização para funcionamento expedido pelo Conselho de Educação de Alagoas, não o tendo no Estado de Mato Grosso do Sul. Assevera que faz jus à percepção dos valores decorrentes de dano material e moral, vez que restou devidamente reconhecida a nulidade do contrato por ocasião da sentença, bem como, em virtude do curso não a habilitar para o exercício profissional pretendido. No mais, requereu a mantença da sentença *a quo*.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Conforme relatório, tratam-se de recursos de apelação interpostos por Teixeira e Araújo Eventos e Curso LTDA. e por Maria José Nunes Correa contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista (f. 331/342), nos autos de ação ordinária, ajuizada por Aluzia Ribeiro, que julgou procedente o pedido inicial, resolvendo o contrato entabulado entre as partes e condenando as requeridas-apelantes a restituírem, em dobro, os valores pagos pela apelada, devidamente corrigidos. Condenou-as, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Alega a primeira apelante que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, aduzindo, preliminarmente, a decadência da pretensão com base no Código de Defesa do Consumidor, de que o vício aparente ou de fácil constatação caduca ou em trinta ou em noventa dias, a depender do fornecimento de serviço ou produto ser durável ou não. Assevera que os cursos por ela ofertados são credenciados, autorizados e devidamente reconhecidos. Assim, o Conselho Estadual de Educação em Alagoas credenciou a apelante e autorizou o funcionamento de seus Cursos de Educação Profissional Técnica de Nível Médio, na modalidade educação à distância. Alega ainda, que a solicitação de seu credenciamento junto ao MEC estava sendo providenciado, eis que questionou juntamente a este ministério, através da Demanda n.º 3.246.462 sobre as providências necessárias para o oferecimento de cursos nesta modalidade, qual seja, à distância (EAD), fora do Estado sede. Que obteve a resposta de que não há necessidade de regulação/autorização pelo MEC nos cursos de educação profissional técnica de nível médio, devendo ser aprovado, autorizado e fiscalizado pelas secretarias estaduais de educação ou pelos conselhos estaduais de educação; não havendo desta feita, necessidade de credenciamento junto ao Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul, uma vez que já se encontra credenciada junto ao Conselho Estadual do Estado de sua sede. Alega que não merece prosperar a condenação a ela imposta pois a responsabilidade em transmitir as aulas via satélite para todo o Brasil foi realizada a contento. Assim, não há se falar em dano moral, tampouco em material, eis que a apelada assistiu a todas as aulas ministradas, participou de todas atividades implementadas. Argumenta que o serviço foi devidamente prestado.

A segunda apelante aduz que o curso não necessita de autorização para funcionamento, mas sim de mera anuência do Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul. Aduz que os demais alunos que concluíram o curso, inclusive em outras cidades onde também era ministrado o curso na modalidade EAD, obtiveram o diploma de conclusão e o devido registro junto ao Conselho Regional, na respectiva área de formação. Sustenta que não há previsão legal de que os cursos oferecidos pela apelante, para que sejam implantados em Mato Grosso do Sul, necessitassem de autorização do Conselho Estadual de Educação/MS, havendo tão somente necessidade de mera informação junto ao CEE/MS da disponibilização do curso, posto que a autorização e credenciamento para seu funcionamento é de competência do Ministério da Educação. Assim, não existiu qualquer omissão de informação quanto à suposta inadequação do curso. Menciona a inexistência de previsão legal para a devolução em dobro das mensalidades uma vez que não houve qualquer cobrança indevida. Argumenta que a multa aplicada pelo Juízo de Primeiro Grau em sede de embargos declaratórios não é cabível, vez que apenas almejava que fossem sanadas as contradições existentes na sentença, não havendo, portanto, o intuito protelatório. Por derradeiro, requer seja concedido o benefício da assistência judiciária.

Em contrarrazões, a apelada rebate as alegações das apelantes; alega que restou cabalmente demonstrado nos autos que o curso ofertado por aquelas não possuía a competente autorização para funcionamento. Que o curso oferecido possui o registro e autorização para funcionamento expedido pelo Conselho de Educação de Alagoas, não o tendo no Estado de Mato Grosso do Sul. Assevera que faz jus

à percepção dos valores decorrentes de dano material e moral, vez que restou devidamente reconhecida a nulidade do contrato por ocasião da sentença, bem como, em virtude do curso não a habilitar para o exercício profissional pretendido. No mais, requereu a mantença da sentença *a quo*.

Passo a análise dos recursos de forma conjunta.

Da arguição preliminar de decadência

Apesar de a preliminar de decadência não ter sido arguida em primeiro grau, por ser matéria de ordem pública, passo a sua análise.

Tenho que a preliminar arguida não merece prosperar tendo em vista ser inaplicável para o caso em tela o artigo 26 do CDC, uma vez que não se trata de fornecimento de serviço vicioso. A prestação do serviço, qual seja, o oferecimento de curso técnico de nível médio de enfermagem, na modalidade à distância foi feita, ou seja, o serviço foi prestado, as aulas foram ministradas conforme pactuado em contrato. Não há nos autos relatos de interrupções ou falta do serviço prometido, que pudessem caracterizar o vício. Ocorre que, a eventual falta de autorização/aprovação pela Secretaria ou Conselho Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul impossibilitaria a apelada em obtenção de seu registro junto ao Conselho Regional de Enfermagem neste Estado. Assim, rejeito a questão preliminar arguida, e conheço do recurso de apelação interposto.

Antes de adentrar no mérito da questão, convém anotar que os documentos acostados à apelação (f. 463/500) devem ser desentranhados dos autos, uma vez que precluso o direito da apelante, tendo em vista o encerramento da fase instrutória.

No mérito, tenho que os recursos merecem provimento em parte.

O cerne da questão consiste na existência ou não do direito da apelada, em ao final do curso fornecido pela apelante, obter com seu certificado de conclusão de curso (na modalidade à distância) o registro junto ao Conselho Regional de Enfermagem do Estado de Mato Grosso do Sul – COREN/MS.

Para que uma instituição de ensino seja considerada habilitada a ofertar cursos na modalidade EAD necessário se faz o cumprimento dos artigos 9º e 15, da deliberação CEE/MS n.º 9000/2009, cuja citação convém.

> *"Art. 9º Credenciamento é o ato pelo qual uma instituição de ensino é declarada habilitada a oferecer cursos na modalidade educação a distância, atendidas as disposições legais pertinentes.*
>
> *§ 1º Compete ao Conselho Estadual de Educação o credenciamento de instituições de ensino com sede no Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 15 A instituição de ensino poderá oferecer cursos na modalidade da educação a distância em polos de apoio presencial, situados em municípios do Estado de Mato Grosso do Sul diversos da sede oficial, após autorização de funcionamento pelo Conselho Estadual de Educação."*

A primeira apelante tem seu credenciamento declarado no CEE de sua sede, qual seja, em Alagoas, não o tendo no Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, não está devidamente habilitada a exercer seu curso neste Estado. Consequência lógica de sua inabilitação é a não possibilidade de registro de seu curso junto ao COREN/MS. Por certo que há possibilidade de se efetuar eventuais registros juntamente ao COREN/

AL, uma vez que em sua sede, o curso é totalmente regular e válido. Ocorre que, descabido seria obrigar aos alunos matriculados em local diverso do da sede (Alagoas) a se deslocarem para registrar seu certificado. Ademais, não há relatos nos autos de que as apelantes teriam informado a seus alunos de que o registro devesse ser feito no COREN/AL ou de que se responsabilizariam por esse registro, já que o mesmo não poderia ser feito no COREN/MS.

Desta feita, tenho que recurso das apelantes nesse aspecto não merece prosperar.

Consequência imediata do não reconhecimento do curso é a frustração da expectativa da apelada em ver seu registro junto ao COREN/MS e eventual possibilidade de atuação na área de técnica de enfermagem, razão pela qual reconheço seu direito ao dano moral, o qual deve permanecer no montante estabelecido pela sentença de primeiro grau.

Quanto à devolução dos valores correspondentes a mensalidade do curso e contratação de seguro de vida, tenho que a mesma é devida, mas não na forma em dobro como determinada pelo Juízo de primeiro grau. Isso porque, a uma, entendo que a cobrança feita pelo curso não foi de forma indevida, conforme preceitua o artigo 940 do CC, primeira parte. A duas, porque eventual cobrança em dobro desse valor funcionaria como *bis in idem* dos danos morais que já foram determinados anteriormente. Assim, quanto à devolução dos valores pagos pela apelada, tenho que os mesmos devem ser ressarcidos de forma simples.

Ademais, tenho que a multa aplicada à segunda apelante, em sede de embargos declaratórios, sob o fundamento de que estes tão somente ensejaram protelar o processo, deve ser mantida. Assim entendo, pois é assente o entendimento nos Tribunais Superiores de que os embargos de declaração, cujo conteúdo limite-se a demonstrar manifestações de inconformismo, bem como os que almejem a rediscussão do julgado, são considerados meramente protelatórios.

Portanto, considerando que a segunda apelante consignou em seus embargos declaratórios os mesmos fundamentos atacados pelo presente recurso de apelação, resta evidente que apenas almejou rediscutir o julgado. Por esta razão, entendo que não deve ser alterada a multa fixada pelo Juízo de Primeiro Grau, em decorrência do nítido intuito protelatório daquela. Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.*
>
> *1. Inexistentes as hipóteses do art. 535 do CPC, não merecem acolhida os segundos embargos de declaração que têm nítido caráter infringente.*
>
> *2. Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado.*
>
> *3. Embargos de declaração opostos com o intuito procrastinatório da parte ensejam a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, em 1% sobre o valor da causa.*
>
> *4. Embargos de declaração rejeitados."* (STJ. EDcl nos EDcl no CC 128673/AM. Segunda Seção. Rel: Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 08.04.2015).

Por derradeiro, a segunda apelante requer a concessão dos benefícios da assistência judiciária, aduzindo que não possui condições financeiras de arcar com as custas e o preparo das 19 demandas em que figura no polo passivo. Contudo, entendo que tal benefício não lhe faz jus. Isso porque, há indício de que a apelante desfruta de padrão de vida razoável, já que é titular de renda mensal bruta correspondente

a R$ 4.334,22, bem como é coordenadora técnica dos cursos ministrados na cidade de Bela Vista/MS, circunstância esta que evidencia a aferição de lucros, por parte daquela, com a contratação dos serviços educacionais.

Convém mencionar que a apelante também está representada por advogado particular, com o que é possível presumir-se que possui condições de arcar com as despesas processuais. Nesse contexto, portanto, tenho que a vultosa quantidade de ações em que a apelante figura no polo passivo não é argumento suficiente para garantir a concessão da assistência judiciária.

Diante disso, não estando preenchidos os requisitos ensejadores de tal benefício, e considerando que está consolidado o entendimento dos Tribunais Superiores de que não basta a mera alegação para que a parte goze da assistência judiciária, não há que se falar em ofensa ao princípio do livre acesso à justiça.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação e dou-lhes provimento em parte, a fim de reformar a sentença recorrida somente na parte que determinou a restituição em dobro de todos os valores percebidos pelas apelantes concernentes ao negócio, consignando que a restituição será na forma simples, com as correções conforme constou da sentença, permanecendo inalterada aquela quanto às demais insurgências.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a decadência, indeferiram o pedido de justiça gratuita e, no mérito, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801771-58.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE FGTS E OUTRAS VERBAS TRABALHISTAS – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA NA JUSTIÇA ESTADUAL – NULIDADE DA CONTRATAÇÃO – NÃO CONFIGURADA – CONTRATAÇÃO EFETUADA COM FUNDAMENTO EM LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL – RECURSO PROVIDO.

Ação para cobrança de FGTS e outras verbas trabalhistas. Impossibilidade de cobrança na Justiça Estadual, vez que a CLT não é aplicável em ações que tramitam perante referida Justiça.

Contratação temporária regida por lei municipal, com fundamento no disposto na Constituição da República, que regula contrato temporário, cujo vínculo é de natureza jurídico-administrativa, não tem o condão de gerar direitos de natureza eminentemente trabalhista.

Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, vencido o 1º vogal, que lhe negava. Na forma do art. 942 § 1º do CPC, prosseguiu-se o julgamento e o 3º vogal deu provimento ao recurso, totalizando 3 X 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro para garantir a possibilidade de inversão do resultado.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de apelação interposta por Município de Corumbá contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá que, nos autos de ação ordinária ajuizada por Maryleia Gonçalves de Souza Monteiro, julgou procedente o pedido, para o fim de condenar o apelante no pagamento de FGTS, indenização de férias proporcionais, gratificação natalina proporcional e diferença de adicional de insalubridade nos meses em que esse foi pago em patamar inferior a 10% do salário, tudo com base no disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Aduz que a apelada, contratada temporariamente para desempenhar a função de agente de atividades de saúde III, não possui direito a referidas verbas, justamente porque a relação existente entre as partes foi de natureza jurídico-administrativa, decorrente de contrato por prazo determinado (1 ano, prorrogável), nos termos da Lei Complementar Municipal nº 115/2007, razão pela qual não são aplicáveis, à hipótese, as disposições da CLT. Requer o provimento do recurso para o fim de julgar improcedente o pedido inicial.

Intimada, a apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso (f.234).

VOTO (EM 03.05.2016)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Consoante consta em relatório, trata-se de apelação interposta por Município de Corumbá contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá que, nos autos de ação ordinária ajuizada por Maryleia Gonçalves de Souza Monteiro, julgou procedente o pedido, para o fim de condenar o apelante no pagamento de FGTS, indenização de férias proporcionais, gratificação natalina proporcional e diferença de adicional de insalubridade nos meses em que esse foi pago em patamar inferior a 10% do salário, tudo com base no disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. Aduz o Recorrente que a apelada, contratada temporariamente para desempenhar a função de Agente de Atividades de Saúde III, não possui direito a referidas verbas, justamente porque a relação existente entre as partes foi de natureza jurídico-administrativa, decorrente de contrato por prazo determinado (1 ano, prorrogável), nos termos da Lei Complementar Municipal nº 115/2007, razão pela qual não são aplicáveis, à hipótese, as disposições da CLT.

Tenho que ao recurso deve ser dado provimento, vez que a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição se pautou em fundamentos extraídos da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, não aplicáveis nesta Justiça Estadual e, também, pelo fato de não ser aplicada a referida legislação aos contratos regidos pelo Direito Público, cujo regime de contratação é de natureza jurídico-administrativa.

Consta dentre os pedidos iniciais a condenação do ente público no pagamento de verba correspondente ao FGTS, indenização de férias proporcionais, gratificação natalina proporcional e diferença de adicional de insalubridade nos meses em que esse foi pago em patamar inferior a 10% do salário, todas verbas regidas pela CLT, sendo que todas foram deferidas pela Sentença recorrida.

Entretanto, o pedido, contrariamente ao que constou na Sentença prolatada nos autos, é improcedente em sua integralidade.

A improcedência do pedido decorre, dentre outras razões, do fato de referidas verbas trabalhistas não serem devidas a servidor público regido por relação jurídico-administrativa de trabalho e contratação de servidores, que permeia as contratações realizadas pela Administração Pública, ao contrário do que ocorre nas relações trabalhistas privadas, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

É que a relação entre apelante e apelada, por óbvio, não é trabalhista. Em verdade, pela narrativa dos autos, a apelante exercia cargo de agente de atividades de saúde III, por contratação precária (sem submissão a concurso público) e pelo fato de ter como característica essencial a temporariedade e a possibilidade de demissão *ad nutum*, acaso cessada a causa que ensejou a convocação/contratação. Exatamente por essa razão singela, mas bastante e suficiente, à recorrida não assiste qualquer direito trabalhista ou decorrente da Consolidação das Leis Trabalhistas, como ocorre com o FGTS ou com outras verbas de mesmo jaez. De resto, direitos trabalhistas não podem ser buscados, exigidos ou demandados em Juízo da Justiça Estadual.

O vínculo ou relação de emprego existente entre o ente público e o trabalhador, independentemente de haver ou não concurso, independentemente de ser ou não regular a contratação, é sempre de natureza administrativa, regimental, estatutária. Por evidente que sendo assim, não só não se aplicam as regras trabalhistas, como nenhuma das verbas trabalhistas podem ser granjeadas a esse trabalhador.

Poder-se-ia argumentar até que, por dispositivo constitucional, ao trabalhador público se aplicariam alguns dos direitos previstos ao trabalhador particular e vice-versa; todavia, a aplicabilidade de tais direitos e de consequência a possibilidade de exigência das respectivas verbas não se assenta na Consolidação das Leis Trabalhistas. Tampouco esses direitos teriam nomenclatura, essência ou natureza das verbas trabalhistas, mas sim nomenclatura, essência e natureza administrativas, apenas de eventual similitude por disposição constitucional.

Tais direitos, para serem reconhecidos, deveriam estar dispostos na legislação municipal que regula a contratação de servidores para suprir demanda emergencial e ou temporária (Lei Complementar Municipal nº 115/2007); como não restou demonstrado que as verbas em questão estão ou estariam contempladas em tal legislação, não há se falar no pagamento daquelas ao servidor.

Nem se diga que a reiterada a contratação da apelada, por períodos sucessivos, mas distintos e destacados, configura contratação irregular ou ilegal por parte da Administração Pública, visto que, presente a necessidade de contratação temporária, não há óbice a que a contratação seja realizada em caráter sucessivo à anterior ou anteriores. Esse é, inclusive, o entendimento esposado pela jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça, que além de rechaçar o alegado direito à percepção de FGTS ou verba trabalhista semelhante a servidor público (*lato sensu*), também corrobora a tese acima descrita:

> *"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. PAGAMENTO DO FGTS. ART. 19-A DA LEI 8.036/90. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não é capaz de transmudar o vínculo administrativo que este mantinha com o Estado em relação de natureza trabalhista (RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowiski).*
>
> *2. A orientação desta Corte se firmou no sentido de que o servidor temporário mantém relação jurídico-administrativa com o Estado, razão pela qual a regra do art. 19-A da Lei 8.036/90, no que respeita às verbas do FGTS, não se lhe aplica. Precedentes.*
>
> *3. Recurso especial não provido."* (STJ – REsp nº 1399207/MG. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 17.10.2013).

Ademais, o § 2º, do artigo 15, da Lei nº 8.036/1990, dispõe claramente que trabalhador, para os fins dispostos na referida lei, é toda pessoa física que prestar serviços a empregador, excluídos os servidores públicos civis sujeitos a regime jurídico próprio. Como a Recorrida, contratada temporariamente pelo Município-Apelante, estava sujeita a regime jurídico próprio, disciplinado por lei complementar municipal, a hipótese de exclusão do conceito de "trabalhador" amolda-se perfeitamente à condição jurídica ostentada pela apelada.

Mais do que não haver evidência do suposto direito da recorrida a essas verbas trabalhistas, concluo haver comprovação suficiente e bastante da inexistência de tais direitos trabalhistas no caso presente, por tratar-se de relação administrativa de emprego; igualmente está assentada a impossibilidade de reconhecimento ou garantia judicial de tal tipo de direito no âmbito da Justiça Estadual. Como decorrência, o pleito da apelante deve mesmo ser julgado improcedente, em sua integralidade.

Convém ressaltar, também, que o contrato de trabalho (inexistente), ou a relação jurídico-administrativa entre apelada e apelante teria de ser declarada nula, para que o artigo 19-A, da Lei nº 8.036/1990, que trata do FGTS, tivesse aplicação à hipótese dos autos. Como referida relação, consoante exaustivamente explicitado, não é nula e, portanto, não é de ser declarada como tal, o dispositivo legal em comento não é aplicável à hipótese dos autos. Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. OFENSA À SÚMULA 363/TST. ANÁLISE IMPOSSÍVEL NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. ARTS. 4º E 5º DA LINDB. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. SERVIDOR TEMPORÁRIO. CONTRATO NÃO ANULADO. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90. INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. É incabível o recurso especial por ofensa à orientação da Súmula 363/TST, porquanto não incluída no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a", da CF/1988.*
>
> *2. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional. O magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.*
>
> *3. As matérias referentes aos arts. 4º e 5º da LINDB não foram objeto de análise pelo aresto em questão. Desse modo, carecem os temas do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merecem ser apreciados, a teor do que preceituam a Súmulas 282/STF e 211/STJ.*
>
> *4. Colhe-se dos autos que a servidora foi admitida temporariamente em 1997 e dispensada em 2006, sem qualquer ato declaratório da nulidade da contratação.*
>
> *5. Ante tal quadro, em que não foi anulado o contrato, a decisão impugnada encontra-se em dissonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior no sentido de que o servidor temporário mantém relação jurídico-administrativa com o Estado. Desse modo, não se aplica o disposto no art. 19-A da Lei n. 8.036/90, no que concerne às verbas do FGTS.*
>
> *6. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ – AgRg no REsp nº 1459633. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 18.09.2014).

O entendimento do E. Tribunal de Justiça é no mesmo sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDOR PARA O CARGO DE PROFESSOR – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE FGTS – IMPOSSIBILIDADE – REGIME JURÍDICO PRÓPRIO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE TRABALHO – INAPLICABILIDADE DA CLT – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *A contratação temporária, regularmente autorizada, descaracteriza a relação de emprego entre as partes, porquanto a Administração Pública pode, discricionariamente, diante de necessidade e conveniência, contratar de forma emergencial, não havendo nenhuma estabilidade no cargo e, sem aplicação dos direitos reconhecidos na esfera trabalhista, como, por exemplo, o FGTS."* (TJMS – Apelação Cível nº 0018020-17.2009.8.12.0001 – Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maran. J.: 15.07.2014)

Portanto, em não havendo qualquer irregularidade na contratação precária da Apelada, por estar amparada em lei municipal, não há se falar, também, no alegado direito de recebimento de verbas trabalhistas, razão pela qual o pedido deve ser julgado totalmente improcedente.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao presente Apelo, para o fim de cassar a Sentença recorrida e julgar o pedido improcedente, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do revisor (Des. Fernando), após o relator dar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 21.06.2016)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Pedi vista para melhor análise dos autos, e verificando os pormenores, peço vênia para divergir do Douto Relator, pelos fundamentos a seguir:

Dispõe o art. 19-A da Lei 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o seguinte:

> *"Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2°, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.*
>
> *Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002. "*

O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, julgou o Recurso Extraordinário 596478/RO, em que o Estado de Roraima pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade do já citado art. 19-A da Lei 8.036/90.

Neste julgamento os ministros chegaram à conclusão de que, independentemente da natureza jurídica do FGTS, tem caráter compensatório pelo tempo de trabalho prestado, tanto que surgiu para compensar a perda da estabilidade pelo trabalhador.

Faz-se mister consignar que não há de se confundir a nulidade do contrato de trabalho com a inexistência dele. No presente caso houve uma contratação irregular da servidora e afastar o dever da Administração de arcar com o pagamento do FGTS seria como premiar a ineficiência e a ilegalidade do ato.

O Supremo, nestes casos, conferiu consequências jurídicas ao ato considerado nulo em homenagem a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Eis o teor da ementa do julgado:

> *"Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade.*
>
> *1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.*
>
> *2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.*
>
> *3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento."*

Neste sentido também é o entendimento deste Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. TRABALHO TEMPORÁRIO. CONTRATOS SUCESSIVOS. NULIDADE. FGTS DEVIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *São devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público."* (TJMS, Apelação n. 00121-27.2010.8.12.015, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 24/06/2014)

Não é outro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO. DEPÓSITO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIOS NO JULGADO.*
>
> *1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material na decisão.*
>
> *2. O embargante não aponta nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões recursais, buscando apenas modificar o acórdão embargado.*
>
> *3. É incabível a oposição de embargos declaratórios para prequestionamento de matéria constitucional, como forma de viabilizar a interposição de recurso extraordinário, se não há vício no acórdão embargado.*
>
> *4. O STF entende que "é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado"* (AI 767.024-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.4.2012).
>
> *5. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS* (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).
>
> *6. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001).*
>
> *7. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. É cabível o exame de tal pretensão apenas em eventual juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto nesta Corte Superior. Embargos de declaração rejeitados."* (EDcl no AgRg no REsp 1440935/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 12/06/2014)

Ante tal o recolhimento do FGTS para os servidores contratados irregularmente pela administração pública é obrigatório.

Em relação às demais verbas deferidas na sentença, insta elucidar que estavam previstas no contrato de trabalho firmado entre a autora e o Município, como se verifica à f. 31/35, uma vez que sujeita o funcionário ao Estatuto dos Servidores e Funcionários do Município de Corumbá (Lei Complementar n. 42/2000), de modo que as verbas previstas na lei são a ela devidas.

Em que pese o contrato não ter sido expressamente renovado até o ano de 2013, o fato de a autora permanecer nos quadros do Município como funcionária, faz com que também incidam sobre o período subsequente àquele previsto no contrato as mesmas regras nele estabelecidas, entre elas os direitos lá previstos.

Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Sobre o referido princípio Fabrício Zamprogna Matiello em sua obra Código Civil Comentado, Editora LTR, 3ª, Ed, p. 283 aduz:

> *"Desde o instante em que iniciam as negociações para o fechamento de um contrato, até o momento em que o mesmo é totalmente cumprido, exige-se das partes envolvidas que procedam com honradez, dignidade e denodo. Não devem ser toleradas condutas eivadas por má-fé, que se define como "ânimo doloso de quem age ilicitamente, sabendo que viola os direitos de terceiro e transgride as disposições da lei (...). Tampouco admite-se a improbidade, que é o agir com espírito de emulação e a falta de decoro no proceder.*
>
> *Agora as sanções específicas contidas na legislação para o caso de transgressão aos princípios da probidade e boa-fé, pode-se afirmar que ao julgador é facultado interpretar as cláusulas contratuais, nos limites impostos pelo ordenamento, mais favoravelmente a quem agiu com bom espírito, em detrimento daquele que se portou inadequadamente sob o prisma da lisura procedimental exigida dos contraentes".*

No caso presente, a autora continuou a figurar nos quadros como funcionário do Município, prestando-lhe os serviços para o qual foi inicialmente contratada, razão pela qual sobre esse vínculo incidirão as mesmas regras anteriormente pactuadas.

Não é lícito ao Município continuar se beneficiando do serviço contratado sem a contraprestação inicialmente pactuada.

Ponderado tal, peço vênia ao ilustre Relator para divergir de sua decisão, em razão das particularidades deste caso, para negar provimento ao recurso, mantendo *in totum* a sentença vergastada.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (3º Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o 1º vogal, que lhe negava. Na forma do art. 942 § 1º do CPC, prosseguiu-se o julgamento e o 3º vogal deu provimento ao recurso, totalizando 3 x 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro para garantir a possibilidade de inversão do resultado.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0824339-55.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE – MATÉRIA ASSEMELHADA ÀQUELA JULGADA, SOB REPERCUSSÃO GERAL, NO RE Nº 631240 – HIPÓTESE QUE SE ENQUADRA NA EXCEÇÃO À REGRA GERAL – DESNECESSIDADE MESMO EM HIPÓTESES OUTRAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do RE 631240 do STF, a questão restou definida nos seguintes termos: a) em regra, a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, emergindo o interesse de agir apenas quando a resposta for negativa ou transcorrido o prazo legal para apreciação do requerimento; b) como exceção a esta regra, onde se afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo, por presunção da existência da pretensão resistida, estabelece-se as seguintes hipóteses: b.1) quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; b.2) quando se trate de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da administração.

No caso, ainda que se trate de empresa securitária privada, se a causa de pedir e pedido se enquadram na hipótese de exceção, impõe-se dar provimento ao recurso da segurada para desonerá-la do dever de comprovar o prévio requerimento administrativo.

O direito de ação é garantia constitucional que não se submete a qualquer requisito de prévia análise de pedido administrativo, sob pena de violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por André Luís da Silva Sei contra sentença proferida pelo Juízo da 16º Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da ação de cobrança de

seguro movida contra Icatu Hartford Seguros S/A, indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, I, c c 295, III, do CPC.

Aduz que, segundo o princípio constitucional da inafastabilidade da Jurisdição, ninguém é obrigado a procurar a via administrativa antes de ingressar com ação judicial, de modo que a não comprovação do pedido administrativo não subtrai do recorrente o direito à persecução de sua pretensão em juízo. Ademais, informa que a seguradora sequer forneceu documento hábil a comprovar seu direito, qual seja, a apólice, tanto é que requereu na inicial a apresentação daquele documento. Requer a reforma da sentença, com o retorno dos autos à origem para prosseguimento até ulteriores termos.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Conforme consta em relatório, trata-se de apelação interposta por André Luis da Silva Sei contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível desta comarca que, nos autos de ação de cobrança de seguro, ajuizada contra Icatu Hardtford Seguros S/A, indeferiu a inicial, julgando extinto o feito, sem resolução de mérito, ante a falta de interesse de agir.

Alega que o Juízo de Primeiro Grau laborou em equívoco extinguir a ação, vez que a hipótese não se enquadra no caso de obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, entabulada no julgamento do RE nº 631.240, do E. STF, por não ter como aviar, na ocasião, referido requerimento, em razão da vasta documentação exigida, tanto é verdade que a inicial contém pedido de exibição de documento, qual seja, a própria apólice de seguro.

Tenho que o recurso merece provimento, uma vez que, pela análise dos autos, concluo ser prescindível a apresentação de requerimento administrativo prévio na hipótese sub judice.

A exigibilidade de prévio requerimento administrativo em demandas ajuizadas contra o INSS, e aqui neste caso em face de empresa seguradora privada, comporta suas exceções.

A controvérsia cinge-se à análise de ser admissível ou não a exigibilidade de demonstração de requerimento administrativo prévio quando a demanda encontra-se fundada no pedido de indenização securitária. E a resposta é negativa.

Para se aferir a existência de pretensão resistida e, com isso, a necessidade de valer-se a parte da via judicial para a defesa de direito seu, realçando o interesse de agir daquela, o Supremo Tribunal Federal, sob o rito da repercussão geral, ementou no julgamento do RE nº 631240, algumas premissas que, enfim, acabaram por sacramentar a discussão, nos seguintes termos:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.*
>
> *1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.*
>
> *2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.*

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo " salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração", uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima "itens (i), (ii) e (iii)", tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora "que alega ser trabalhadora rural informal" a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir." (STF. Recurso Extraordinário nº 631240. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03.09.2014).

Pela análise do julgado acima transcrito, pode-se concluir que, em regra, a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, emergindo o interesse de agir apenas quando a resposta for negativa ou transcorrido o prazo legal para apreciação do requerimento.

Como exceção a essa regra, onde se afasta a necessidade de prévio requerimento administrativo, em razão de a pretensão resistida ser presumida, estão os casos de: 1) o entendimento da entidade securitária for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; 2) na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da entidade securitária.

Seguindo esse entendimento, importa verificar em qual situação o litígio *sub judice* se enquadra para, então, verificar se a exigência imposta pelo Juízo singular, no sentido de comprovar o prévio requerimento, é legítima ou não.

No caso presente, a hipótese de necessidade de busca da via judicial efetivamente se confirma, já que a parte Recorrente teve, inclusive, que requerer exibição de documentos (qual seja, a apólice do seguro, que estava em poder da própria seguradora), para o fim de comprovar que seu problema de saúde estava ao abrigo da proteção securitária. E, até intuitivamente, a cobertura ou indenização securitária seria ou foi recusada pela apelada.

Em casos tais, evidentemente que deve ser resguardado ao segurado o direito de ajuizar ação sem outro requerimento na via administrativa, na medida em que, segundo a legislação de regência, a indenização securitária é devida independentemente de novos requerimentos do interessado.

É o que se dessume da interpretação do artigo 62 da Lei nº 8.213/1991, que prescreve:

> *"Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez."*

Partindo-se dessa premissa, então, afigura-se evidente que a hipótese em exame se enquadra na exceção estabelecida no julgamento do RE nº 631240, já que consubstancia hipótese de pretensão de benefício que deveria ser concedido de imediato.

Se assim é, evidentemente que não cabe ao Juízo singular impor ao segurado a comprovação de um novo requerimento na via administrativa, visto que, em princípio e em um exame abstrato da tese, a conduta da entidade securitária em não proceder à indenização de filiado seu, já configura o não acolhimento, ao menos tácito, da pretensão, realçando com nitidez a existência de pretensão resistida e, por consequência, do interesse-necessidade, interesse-utilidade e interesse-adequação no ajuizamento da ação de indenização securitária.

E nem se diga que, na hipótese, o caso dependeria da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da entidade securitária para, em última análise, afastar a incidência da exceção.

A lei estabelece um ônus para as entidades securitárias, que é promover o registro da ocorrência e determinar, de ofício e de imediato, se o segurado se enquadra em caso de indenização ou não.

Se não houve tal pagamento até o ensejo da propositura da demanda, é porque a entidade efetivamente se recusou a indenizar, ficando caracterizado assim o legítimo interesse do apelante.

Finalmente, e nada obstante as decisões dos Egrégios Tribunais Superiores, em qualquer caso a exigência de prévio pedido administrativo fere princípio constitucional. De efeito, o direito de ação é garantia constitucional que não se submete a qualquer requisito de prévia análise de pedido administrativo. Mesmo quando se tratar de ação contra ente público ou entidade securitária, não há qualquer necessidade de prévio pedido administrativo e, com muito maior razão, tal pedido é prescindível em se tratando de empresa privada.

Negar o acesso ao Poder Judiciário resultaria em violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que preceitua que *"a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul vem decidindo nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA E/OU ACIDENTE PESSOAIS EM GRUPO. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REQUERIMENTO DE PAGAMENTO DE SEGURO NA VIA ADMINISTRATIVA. INEXIGÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV E 217 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RE Nº. 631.240. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO*
>
> *I) É defeso ao julgador exigir o prévio requerimento na via administrativa para o exercício do direito constitucional de ação, tendo em vista o princípio ou direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição e a previsão também constitucional do art. 217, que impõe o esgotamento na justiça desportiva para o conhecimento de ações que versem sobre tais matérias, e que nos faz concluir que qualquer exceção ao referido princípio deve constar expressamente na Constituição da República.*
>
> *II) Tratando-se de ação de cobrança referente a seguro de vida, sem natureza previdenciária, e, ainda, sendo notório e reiterado o comportamento das seguradoras no sentido de se esquivarem do fiel cumprimento de sua parte no contrato, o entendimento sedimentado no RE nº. 631.240 não tem aplicação no caso.*
>
> *III) Recurso conhecido e provido."* (Apelação nº 0800374-45.2015.8.12.0002. Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/06/2015; Data de registro: 25/06/2015)

Não é diverso o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRÉVIO REQUERIMENTO OU EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. RECONHECIMENTO DO INDÉBITO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.*
>
> *1. No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo.*
>
> *2. Agravo regimental não-provido."* (AgRg no REsp 1190977/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/08/2010).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso para o fim de tornar insubsistente a Sentença de Primeiro Grau, para prosseguimento do feito em seus termos regulares até final, sem exigência de prévio pedido administrativo.

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. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 10 de maio de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0000639-87.2009.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – 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.

Recurso de apelação de Francisco Emanoel Albuquerque Costa

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES – DESERÇÃO – SOBRESTAMENTO DO RECURSO – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADAS – MÉRITO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE AQUISIÇÃO FRACIONADA DE BENS – INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O preparo do recurso está entre os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, o qual constitui no pagamento prévio das custas relativas ao processamento do recurso (art. 511, CPC). Contudo, tendo o recorrente providenciado o recolhimento do preparo quando intimado para tanto, resta afastada a prejudicial de deserção.

Não há qualquer óbice no ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa em desfavor de agentes políticos que exercem mandatos legislativos municipais.

Não obstante o RE 683.235 reconhecer como repercussão geral da matéria a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a Prefeitos, verifica-se que a orientação do STF é no sentido de que os recursos extraordinários interpostos a respeito da mesma questão é que ficarão sobrestados, não se aplicando aos recursos de apelação.

A realização de duas compras de sacos de cimentos (produto de pouca durabilidade) no mesmo mês, não constitui aquisição fracionada que necessita de prévio procedimento licitatório, tampouco configura ato ímprobo, uma vez que constatado que tais bens foram utilizados nas obras públicas, bem como ausente prova de dano ao erário e enriquecimento ilícito.

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada com bom senso, pois visa punir o desonesto, não podendo ser utilizada para sobrecarregar o Judiciário com questões que não tenham um mínimo de gravidade.

Recurso de apelação de Folle Materiais Para Construção e Transporte Rodoviário Ltda

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE AQUISIÇÃO FRACIONADA DE BENS – INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A realização de duas compras de sacos de cimentos (produto de pouca durabilidade) no mesmo mês, não constitui aquisição fracionada que necessita de prévio procedimento licitatório, tampouco configura ato ímprobo, uma vez que constatado que tais bens foram utilizados nas obras públicas, bem como ausente prova de dano ao erário e enriquecimento ilícito.

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada com bom senso, pois visa punir o desonesto, não podendo ser utilizada para sobrecarregar o Judiciário com questões que não tenham um mínimo de gravidade.

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, contra o parecer, rejeitar as preliminares e dar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Folle Materiais Para Construção e Transporte Rodoviário Ltda e Francisco Emanoel Albuquerque Costa interpuseram recursos de apelação em face da sentença proferida por Vinicius Pedrosa Santos, Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Bela Vista que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada por Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial para decretar a suspensão dos direitos politicos de Francisco Emanoel Albuquerque por cinco anos e perda de eventual função pública por ele exercida; proibição dos requeridos de contratar com o Poder Público ou receberem incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa juridica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; condenar os demandados, solidariamente, ao pagamento de multa civil no valor de R$ 19.200,00 (dezenove mil e duzentos reais), a ser revertida em favor do Município de Caracol; condenar os requeridos, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano ao erário, o valor de R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), com atualização monetária pelo IGPM/FGV e juros moratórios de 1% ao mês. Por fim, condenou os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.

Em razões recursais (f. 317-349), Francisco Emanoel Albuquerque Costa argui preliminar de inadequação da via eleita, pois as condutas descritas na inicial, supostamente praticadas por agentes políticos, estão sujeitas ao Decreto-Lei n. 201/67.

Menciona que *"o apelado é carecedor da ação, por inadequação da via eleita, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Caso assim não entenda esse E. Tribunal, requer alternativamente a suspensão do presente feito até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral instaurada quanto a matéria objeto do presente recurso."*

Aventa prejudicial de nulidade da sentença por julgamento *extra-petita*, pela não apreciação de fatos elencados na inicial e cerceamento do direito de defesa, visto que o magistrado *a quo* utilizou-se de causa de pedir estranha à lide, quanto à entrega dos materiais adquiridos e utilização dos sacos de cimento nas obras públicas municipais.

No mérito, ressalta que referente a compra de 640 sacos de cimento pelo Município de Caracol, vê-se o atestado de recebimento de Luiz Godoy Paiva, Diretor do Departamento de Obras, nas notas fiscais de f. 44 e 47, do quadro da Prefeitura Municipal, inexistindo irregularidades.

Sustenta que na segunda nota fiscal, emitida pela empresa Folle, não há assinatura de recebimento por João Batista do Nascimento, bem como que na nota fiscal emitida pela empresa Metorpeças, de propriedade de João Batista, também não consta sua assinatura.

Alega que é possível verificar que uma mesma pessoa assinou quatro dias após o recebimento do material na Prefeitura.

Aponta que:

> *"Indevidamente foi juntado aos autos a compra realizada pelo município, de sacos de cimento, junto à empresa Metorpeças, justamente para tumultuar o processo e induzir ao erro o juízo, porquanto os documentos de f. 48/50 tratam de nota de empenho e nota fiscal da compra realizada em 16/09/2002, ou seja, quatro meses depois dos fatos noticiados nos autos, em nada se relacionando com a compra realizada junto à empresa Folle, esta sim, objeto dos autos."*

Enfatiza a ausência de ato ímprobo, bem como dano ao erário, pois as provas carreadas demonstram que não agiu com dolo, tampouco má-fé, em detrimento da administração pública, ou com intenção de beneficiar a si próprio ou a terceiro.

Aduz que as testemunhas afirmaram em juízo que houve a efetiva utilização dos sacos de cimentos adquiridos pelo Município nas obras de construção dos bueiros da cidade de Caracol, atendendo aos interesses da municipalidade.

Ressalta que atendeu aos requisitos previstos no art. 24, da Lei n. 9.666/96, visto que havia necessidade de aquisição dos materiais de forma esporádica, sendo que no município de Caracol não havia empresa de comercialização de cimento. Contudo, não há falar-se em fracionamento da aquisição de sacos de cimento, cujo produto não pode ser estocado por mais de 3 meses.

Sustenta que as penas impostas se mostram desarrazoadas e desproporcionais ao suposto ilícito, ao se considerar que as compras realizadas ultrapassam somente R$ 1.600,00 do valor permitido pela Lei n. 8.666/93.

Requer:

> *"O conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, para o fim de acolher a primeira preliminar arguida de inadequação da via eleita, com a extinção do feito, sem julgamento de mérito, reconhecendo a carência da ação, ou alternativamente, a suspensão do presente feito até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da repercussão geral instaurada quanto a matéria objeto da presente preliminar.*
>
> *Caso superada a primeira preliminar, requer o provimento do presente recurso com o acolhimento da segunda preliminar, declarando a nulidade da r. Sentença atacada por julgamento extra-petita, face a violação ao princípio da congruência ou correlação, assim como por cerceamento de defesa ao apelante.*
>
> *Quanto ao mérito, caso ultrapassadas as preliminares levantadas, requer o provimento da presente apelação com a reforma da r. sentença singular em face da incoerência de ato de improbidade administrativa, julgando improcedente a ação civil pública.*

> *Finalmente e, somente a título de argumentação, caso reconheça esse Sodalício a prática em tese de ato de improbidade administrativa, requer a reforma parcial da r. Sentença singular para o fim de aplicando o disposto no artigo 12, § único da Lei 8.429/92, bem como os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, excluir da condenação as penas acessórias de perda da função pública, inelegibilidade, proibição de contratação com o poder público e multa, limitando a sentença tão somente ao valor de excesso quanto a dispensa do certame licitatório, por ser questão de inteira justiça."*

Em razões recursais (f. 353-371), Folle Materiais para construção e Transporte Rodoviário Ltda sustenta que não participou da elaboração de quaisquer procedimentos administrativos, pois somente efetivara a venda e entrega dos seus produtos.

Ressalta que o magistrado *a quo* ignorou os elementos trazidos, dando mais valia às provas colacionadas pelo Ministério Público.

Destaca que o pedido inicial pautava-se na nulidade absoluta da contratação da empresa com a Prefeitura de Caracol-MS, face a ausência de licitação, contudo, tal fato deu-se por liberalidade do chefe do executivo do município.

Salienta que:

> *"A obrigação de informar e, do mesmo modo, de se ater a todos os tramites legais do processo licitatório, era de inteira responsabilidade do Erário Municipal de Caracol/MS, e não desta Empresa apelante, que apenas e tão somente ao ser contratada para o fornecimento de seu produto, seguiu a risca as determinações que lhe foram impostas, sendo que em nenhum momento fora falado em licitação."*

Afirma:

> *"Existindo a necessidade do erário, encontrando-se empresa cadastrada ao fornecimento de tais produtos; sendo produtos de boa qualidade, e por fim e mais importante, possuindo preço baixo ou compatível, não há que se falar em irregularidade, mormente em punição."*

Aponta que a lesividade ao erário decorre da prática de uma ilegalidade, não podendo ser presumida ou intuída, sob pena de estimular-se e consolidar-se o enriquecimento sem causa do Poder Público, tampouco quando não há diminuição do patrimônio público.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a demanda.

O representante do Ministério Público Estadual de primeiro grau apresentou contrarrazões (f. 379-393), pugnando pelo improvimento do recurso.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso de apelação interposto por Francisco Emanoel Albuquerque Costa, por deserção. No mérito, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos interpostos por Francisco Emanoel Albuquerque Costa e Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda (f. 401-419).

À f. 421-425, este juízo determinou que o apelante Francisco Emanoel Albuquerque Costa comprovasse o recolhimento do preparo do recurso, sob pena de deserção, no prazo de 5 (cinco) dias.

À f. 427-433, o apelante Francisco Emanoel Albuquerque Costa juntou comprovante do preparo do recurso, recolhido em dobro (f. 427-433).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Folle Materiais Para Construção e Transporte Rodoviário Ltda e Francisco Emanoel Albuquerque Costa em face da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Bela Vista que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial para decretar a suspensão dos direitos políticos de Francisco Emanoel Albuquerque Costa por cinco anos e perda de eventual função pública por ele exercida; proibição dos requeridos de contratar com o Poder Público ou receberem incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa juridica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; condenar os demandados, solidariamente, ao pagamento de multa civil no valor de R$ 19.200,00 (dezenove mil e duzentos reais), a ser revertida em favor do Município de Caracol; condenar os requeridos, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano ao erário, o valor de R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), com atualização monetária pelo IGPM/FGV e juros moratórios de 1% ao mês. Por fim, condenou os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.

Confira-se a parte dispositiva da sentença (f. 306-313):

> *"Posto isso, julgo procedentes as pretensões, reconheço a ocorrência de atos de improbidade administrativa por Francisco Emanoel Albuquerque Costa e Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda., nos termos do art. 10, caput e VIII, da Lei 8.429/92, e as seguintes sanções do art. 12, II, do texto legal em comento:*
>
> *a) a suspensão de direitos políticos a Francisco Emanoel Albuquerque Costa pelo lapso temporal de cinco anos, bem como a perda de eventual função pública por ele exercida na atualidade;*
>
> *b) a proibição de ambos os demandados contratarem com o Poder Público ou receberem incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*
>
> *c) a condenação de ambos os demandados, solidariamente, ao pagamento de multa civil, a ser revertida em favor do município de Caracol, no importe de R$ 19.200,00, o equivalente ao dobro do valor do dano ao erário;*
>
> *d) a condenação de ambos os demandados, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, no valor de R$ 9.600,00, com atualização monetária pelo IGP-M e incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a incidir das respectivas datas das compras.*
>
> *Condeno os demandados, pro rata, ao pagamento das despesas processuais. Incabível honorários advocatícios sucumbenciais.*
>
> *Publique-se. Intimem-se. "*

Da lei processual a ser aplicada na análise do recurso.

Inicialmente, é necessário esclarecer, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016, qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015.

No que pertine à sua vigência, o CPC/2015 prevê:

> *"Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".*
>
> *"Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial".*
>
> *"Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*
>
> *§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*
>
> *§ 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*
>
> *§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código".*

Considerando que o CPC/2015 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves[1]:

> *"A vacatio legis do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): nº 267: 'Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado'; nº 268: 'A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código'; n. 275: 'Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior'".*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 – Inovações/Alterações/Supressões comentadas.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 589.

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho[2]:

> *"Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões,sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...)*
>
> *A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?*
>
> *A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência.*
>
> *Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso".*

Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 30.03.2015 (f. 314), e as apelações foram interpostas em 22.10.2015 (f. 317 e 353), de modo que aplicam-se ao recurso as disposições do CPC/1973.

Das razões recursais.

Em razões recursais, Francisco Emanoel Albuquerque Costa requer:

a) o acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita;

b) o sobrestamento do feito, em razão da repercussão geral da matéria no RE 683.235, com base no art. 543-B, do CPC;

c) o reconhecimento da nulidade da sentença por julgamento extra petita, pela não apreciação de fatos e cerceamento do direito de defesa, visto que o magistrado a quo utilizou-se de causa de pedir estranha à lide;

d) a improcedência da ação por ausência de ato ímprobo;

e) alternativamente, a exclusão das penas acessórias da condenação (perda da função pública, inelegibilidade, proibição de contratar com Poder Público e multa).

Em razões recursais, Folle Materiais Para Construção e Transporte Rodoviário Ltda, pugna pela improcedência da ação, ao argumento de que não praticou qualquer ato ímprobo ou ilegal.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. **Aplicação da Lei no tempo – CPC 2015**. Revista Trimestral de Jurisprudência TJMS n. 198. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016.

Em parecer, o representante da PGJ, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso de apelação interposto por Francisco Emanoel Albuquerque Costa, por deserção. No mérito, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos interpostos por Francisco Emanoel Albuquerque Costa e Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda (f. 401-419).

Pois bem.

Inicialmente, faço breve relato dos fatos.

Consta da inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual que o apelante Francisco Emanoel Albuquerque Costa, enquanto Prefeito do Município de Caracol-MS, no mês de maio de 2002, por duas vezes, sem a realização de prévia licitação, adquiriu materiais de construção (sacos de cimento) junto à também requerida Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda, sendo a primeira em 10.05.2002, para aquisição de 280 (duzentos e oitenta) sacos, no valor de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais) (f. 19-21) e a segunda em 24.05.2002, referente a 360 (trezentos e sessenta) sacos, no valor de R$ 5.200,00 (cinco mil e duzentos reais) (f. 23-25), totalizando R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais). O representante do *Parquet* apontou violação à Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), atuação solidária dos demandados com a prática de atos ímprobos, tipificados no art. 10, VIII ou art. 11, *caput*, da LIA (Lei n. 8.429/1992). Por fim, requereu a condenação dos requeridos às penas previstas no inciso II ou III, do art. 12, da LIA. Apresentou documentos de f. 12-167.

Em defesa (f. 185-189), a requerida Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda alegou que a contratação deu-se exclusivamente por deliberação do chefe do Poder Executivo Municipal, mencionando que:

> *"Atribuir à contestante que fosse a menor responsabilidade para o caso em comento, seria completa injustiça, pois, cumpriu sua função, qual seja, comercializou seus produtos junto ao erário e efetivamente os entregou, o que de forma direta, atendeu também a toda população daquela pequena urbe, e mais, de tal comercialização, não obteve qualquer benefício incomum, senão o simples ato de comercializar como se fosse para com qualquer outro cliente."*

Ressaltou que jamais fora solicitado da empresa a participação em procedimento licitatório, desconhecendo tal necessidade para a comercialização de seus produtos (cimento), tendo agido com boa fé.

Na contestação (f. 197-223), o ex-prefeito Francisco Emanoel Albuquerque Costa sustentou a ocorrência de prescrição e arguiu preliminar de inadequação da via eleita, por estar sujeito ao Decreto-Lei n. 201/1967. No mérito, afirmou não ter praticado atos ímprobos, mormente considerando a ausência de dolo e a inexistência de prejuízo ao erário.

Após a instrução processual, o magistrado *a quo* proferiu a sentença de procedência da ação (f. 306-313), esclarecendo que:

> *"Não se trata de mera irregularidade ou inabilidade do agente público demandado, mas de inobservância de formalidades legais consubstanciadas na dispensa inidônea de procedimento licitatório, a traduzir má-fé, deslealdade e dolo de Francisco Emanuel na condução da coisa pública."*

Entendeu o juiz sentenciante que a empresa Folle foi beneficiada com o ato ímprobo, recebendo a quantia de R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais) referente as duas compras, sem vencer qualquer licitação.

Pois bem.

Procedo à análise conjunta dos recursos, iniciando pela análise das preliminares.

De não conhecimento do recurso de apelação de Francisco Emanoel Albuquerque Costa por deserção.

Em parecer, o representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do apelo de Francisco Emanoel Albuquerque Costa em razão do não recolhimento do preparo recursal.

Sabe-se que os requisitos de admissibilidade dos recursos são divididos em dois grandes grupos pela doutrina, a saber, os requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Dentre os requisitos intrínsecos se encontra o cabimento, a legitimação para recorrer, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer (Fredie Didier Jr. ressalta que, para Nelson Nery Jr., este requisito está dentre os requisitos extrínsecos).

Já os requisitos extrínsecos são aqueles relativos ao modo de exercício do direito de recorrer: tempestividade, regularidade formal e preparo.

Sobre o tema, eis a lição de Fredie Didier Jr *et al:*

> *"O objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissiblidade, que se classificam em dois grupos: a) requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer): cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; b) requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercício do direito de recorrer): preparo, tempestividade e regularidade formal."* (Curso de direito processual civil. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 46)

Como visto, verifica-se que o preparo está entre os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, o qual constitui no pagamento prévio das custas relativas ao processamento, consoante disposto no Código de Processo Civil.

Confira-se:

> *"Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção*
>
> *§ 1º. São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias e pelos que gozam de isenção legal.*
>
> *§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias".*

Dessa forma, a irregularidade no preparo ou a ausência de sua comprovação quando da interposição do recurso ocasiona o fenômeno da preclusão, devendo ser aplicada ao agravante a pena de deserção, o que impede a análise do mérito recursal.

Ocorre que, na hipótese dos autos, houve dúvida quanto ao devido recolhimento do preparo, pois embora conste a memória de cálculo (f. 350) e a guia de recolhimento judicial – GRJ (f. 351), não foi juntado comprovante de depósito do preparo. Soma-se a isto o fato de que no termo de distribuição (f. 396), consta a observação de que o processo está *"indevidamente preparo: não foi localizado o comprovante de pagamento do preparo fls. 351 – apelação de fls. 317-349."*

Desse modo, o apelante Francisco Emanoel Albuquerque Costa foi devidamente intimado para sanar o vício apontado, em respeito aos principios da razoabilidade e efetividade processuais, os quais estão previstos expressamente no § 7º, do art. 1.007, do atual CPC/2015[3].

Assim, considerando que o apelante providenciou o recolhimento do preparo (f. 434-439), não há falar-se em inadmissibilidade do recurso por deserção.

Logo, rejeito essa prejudicial.

Do sobrestamento do feito.

Pugna o recorrente Francisco Emanoel Albuquerque Costa pelo sobrestamento do feito, ao argumento de que a matéria está submetida à repercussão geral perante o STF, com base no art. 543-B, do CPC[4].

Tenho que mencionada pretensão não merece guarida, isto porque, não obstante o RE 683.235[5] reconhecer como repercussão geral da matéria à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a Prefeitos, verifica-se que a orientação do STF é no sentido de que os recursos extraordinários interpostos a respeito da mesma questão é que ficarão sobrestados, não se aplicando aos recursos de apelação.

Sobre o tema, confira-se julgados:

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR – SUSPENSÃO DA APELAÇÃO EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL NO STF – REJEITADA – NULIDADE PROCESSUAL EM RAZÃO DE PROVA ILÍCITA – AFASTADA – MÉRITO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SOLICITAR E AUFERIR VALORES PARA AJUDA NA CONDUÇÃO DE UMA PERMUTA EM IMÓVEL PÚBLICO DE INTERESSE DE EMPRESÁRIO PARTICULAR – CONDUTA QUE SE ENQUADRA NA TIPOLOGIA DO ART. 9º, I E 11, I, DA LEI Nº 8.429/1992 – MANUTENÇÃO DAQUELES QUE PRATICARAM OS ATOS DE FORMA DELIBERADA E CIENTES DA ILICITUDE – IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO À REFERIDA TIPOLOGIA POR CULPA – PEDIDO IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO AO PREFEITO, DIANTE DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ – RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELO PARTICULAR ENVOLVIDO NO ILÍCITO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, EM PARTE COM O PARECER. I.* ***O reconhecimento de repercussão geral em Recursos Extraordinários tem o condão de suspender apenas os recursos da mesma natureza, que tramitam perante aquela Suprema Corte e nos Tribunais dos Estados, obedecido o disposto no art. 543-B do CPC****. II. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores sem conhecimento*

3 Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.
(...) § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

4 Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.
§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.
§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.
§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.
§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.
§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

5 Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. **Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 a prefeitos**. 3. Repercussão Geral reconhecida. (STJ; ARE 683235 RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/08/2012, Processo Eletrônico DJe-074 Divulg 19-04-2013 Public 22-04-2013 Republicação: DJe-124 Divulg 27-06-2013 Public 28-06-2013)

do outro, não afronta a Constituição, pelo que deve ser rejeitada a pretensão de anular todo conteúdo probatório e, consequentemente, a sentença desfavorável aos investigados. III. Se restou comprovado que alguns funcionários municipais exigiram dinheiro pela ajuda na condução do pedido de um particular quanto à permuta de imóveis públicos, cujo valor adentrou em seus patrimônios mediante conduta comissiva deliberada (dolo) de auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de emprego público, a conduta enquadra-se na tipicidade do art. 9º, I, e do art. 11, I, da LIA, visto que a sucessão de fatos é afrontosa à moralidade, honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições. IV. Se inexiste nos autos elementos de convicção aptos a demonstrar que o Prefeito estava envolvido nos fatos que desencadearam o ajuizamento da ação civil pública, ou mesmo que demonstrem que ele praticou deliberadamente ato para se enriquecer ilicitamente ou favorecer particulares em razão de seu cargo, impõe-se desacolher o pedido ministerial de imposição de sanção, dada a atipicidade da conduta culposa. V. A previsão de ressarcimento integral do dano, estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa, é subserviente aos interesses da pessoa jurídica de direito público prejudicada pelo ilícito, não podendo favorecer o particular que, em um primeiro momento, concordou em conceder favores ilícitos aos agentes ímprobos e, ocasião posterior, arrependeu-se." (TJMS; Apelação - Nº 0201291-42.2009.8.12.0029 - Naviraí, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 29/06/2015, 3ª Câmara Cível – destaquei)

"APELAÇÃO CÍVEL Ação Civil Pública Improbidade Administrativa que importa em enriquecimento ilícito Desvio de dinheiro público mediante adulteração de notas fiscais Sentença de procedência, que condenou o réu pela prática do ato incurso no art. 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-lhe de forma cumulativa todas as sanções dispostas no art. 12, I, todos da Lei nº 8.429/92- ***Pleito que visa, inicialmente, o acolhimento das preliminares ora arguidas para que a sentença seja anulada na parte que lhe aplicou as penalidades ante a ausência de fundamentação, e pela inaplicabilidade e inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa, para que o recurso seja suspenso até decisão final da Repercussão Geral no RE nº 683235 Preliminares afastadas*** *Adulteração das notas fiscais apresentadas pelo apelante devidamente comprovada - Indícios suficientes que evidenciam a prática de atos por improbidade administrativa - Violação aos ditames do artigo 9º, incisos XI e XII da Lei nº 8.429/92 - Agravo retido não reiterado em sede de razões recursais Inteligência do art. 534, § 1º do CPC Penas aplicadas que se mostram razoáveis Sentença mantida. Recurso improvido."* (TJSP; Apelação nº 0002699-70.2005.8.26.0589; Relator(a): Eduardo Gouvêa; Comarca: São Simão; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 03/02/2014; Data de registro: 04/02/2014 – destaquei)

Assim, incabível o sobrestamento do presente recurso de apelação pelos motivos acima.

Da preliminar de inadequação da via eleita

Sustenta o recorrente Francisco Emanoel Albuquerque Costa que, por ter ocupado o cargo de Prefeito na época dos fatos, não está sujeito à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992).

Em que pese referida questão não ter sido alegada em primeiro grau, sua aferição neste juízo *ad quem* faz-se possível por tratar-se de matéria de ordem pública.

A Lei de Improbidade Administrativa, n.º 8.429/92, estabelece quem está sujeito aos seus efeitos.

Confira-se:

"Art. 2° Reputa-se ***agente público****, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração,* ***por eleição****, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo,* ***mandato****, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."* (destaquei)

A doutrina de Marcelo Alexandrino Vicente Paulo[6], aponta que agente público é *"toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública."*

Referido doutrinador ainda aponta (p. 124): *"os agentes públicos são classificados em cinco grandes grupos, a saber: agentes políticos; agentes administrativos; agentes honoríficos; agentes delegados; agentes credenciados."*

Sobre o tema, Waldo Fazzio Júnior[7] menciona:

> *"O agente público ocupará a pertinência subjetiva passiva no processo que tem por objeto sancionar os atos de improbidade que praticar. Agente público, em* ***sentido lato****, autor de ato de improbidade administrativa, torna-se réu, no plano da persecução civil respectiva, em litisconsórcio passivo com terceiro ou não, conforme o caso." (destaquei)*

José dos Santos Carvalho Filho[8], aponta que aos agentes políticos:

> *"São aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)."*

Desse modo, não há qualquer óbice no ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa pelo Ministério Público em desfavor de Prefeito por supostos atos ímprobos praticados durante a legislatura, porquanto agentes políticos, espécie do gênero agentes públicos, expressamente sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, consoante previsto no supracitado art. 2º.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO.* ***LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS.*** *RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não implica o sobrestamento de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2.* ***O Superior Tribunal de Justiça admite "a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado ratione personae na Constituição da República vigente"*** (REsp 1.282.046, RJ, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012). *3. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg no AgRg no REsp 1316294 / RJ; Primeira Turma; Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região); julgado em 16/06/2015 – destaquei)

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.* ***APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. 1. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a***

6 PAULO. Marcelo Alexandrino Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª ed. São Paulo: Método, 2013, P. 122.

7 FAZZIO. Waldo Júnior. **Atos de Improbidade Administrativa.** 2 ed. São Paulo: Atlas. P. 249.

8 CARVALHO. José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo.** 21ª ed. Rio de Janeiro, 2009, P. 560.

> ***primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.*** *" Precedentes. 2. Recurso especial provido."* (STJ; REsp 1292940 / RJ; Segunda Turma; Ministra Eliana Calmon; julgado em 10/12/2013 – destaquei)
>
> *"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.* ***LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE****. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme decidido pela Corte Especial, no julgamento da Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4/3/10,* ***a Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores.*** *2. Agravo não provido."* (STJ; AgRg no AREsp 116979 / SP; Primeira Turma; Ministro Arnaldo Esteves Lima; julgado em 11/04/2013 – destaquei)

Desse modo, rejeito a preliminar arguida e passo à análise do mérito.

Do mérito.

Sabidamente, o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

Na lição de Waldo Fazzio Júnior (p. 77):

> *"O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico.*
>
> *Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública.*
>
> *Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever."*

Consoante entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a modalidade culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (artigos 9º e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

Confira-se julgado abaixo:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo,* ***para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha***

> ***agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10***. *2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido."* (STJ. AgRg no AREsp 532421 / PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)

Maria Sylvia Zanella di Pietro[9] pondera que:

> *"O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto".*

E mais (p. 689):

> *"(...) a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre os meios e os fins".*

No presente caso, as supostas condutas ímprobas imputadas aos demandados Francisco Emanoel Albuquerque Costa e Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda restaram enquadradas no art. 10, *caput* e VIII, da Lei n. 8.429/92.

Confira-se:

> *"**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:***
>
> *I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
>
> *II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*

9 PIETRO. Maria Sylvia di. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas. P. 686.

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; *(Vide Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)*

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI a XXI - (Vide Lei nº 13.019, de 2014. (Vigência)" *destaquei

No que se refere à licitação, cumpre destacar que se trata de procedimento administrativo tendente a realizar os fins estatais, trazendo limites ao poder de compra e contratação pelo Estado, visando a preservação do interesse público primário.

O art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93, expressamente dispõe que deve a licitação atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, dentre outros, sendo certo que possui como fim a observância do princípio da isonomia, a busca pela proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Confira-se:

> *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."*

No mesmo sentido o art. 37, *caput*, da CF/88:

> *"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*

Na hipótese dos autos, cumpre analisar as condutas tidas como ímprobas dos demandados quanto a compra fracionada de sacos de cimento, no valor total de R$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), sem realização de procedimento licitatório.

Para tanto, confira-se os seguintes dispositivos da Lei de Licitações (n. 8.666/1993):

> *"**Art. 24. É dispensável a licitação:***
>
> *I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;*
>
> ***II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;***
>
> *(...)* *destaquei
>
> *Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*
>
> *I - para obras e serviços de engenharia:*
>
> *a) convite - até R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais);*
>
> *b) tomada de preços - até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*
>
> *c) concorrência: acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*
>
> ***II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:***
>
> ***a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);***
>
> *b) tomada de preços - até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais);*
>
> *c) concorrência - acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais)."*
> *destaquei

Assim, conclui-se que a Lei de Licitações, prevê a dispensa de licitação para a compra de bens de até R$ 8.000,00 (oito mil reais), realizada de uma só vez.

José dos Santos Carvalho Filho[10] aponta que *"a dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório."*

Waldo Fazzio Júnior (p. 150) comenta:

> *"Se dispensar licitação é uma excepcionalidade vinculada a normas que se constituem numerus clausus, fazê-lo fora das causas legais significa dispensar o que a lei não dispensa, derrogando a regra geral de sua obrigatoriedade. O administrador público, ao dispensar indevidamente o processo licitatório, em vez de construir com a lei, constrói com a má-fé, faz anomalia o regular."*

Os ministros do STJ têm se posicionado no sentido de que a dispensa indevida de licitação causa lesão ao erário, havendo dano *in re ipsa*, uma vez que não é oportunizado à Administração Pública selecionar a melhor proposta.

Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 10 DA LEI 8429/92. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.*
>
> ***1. A 2ª Turma do STJ possui entendimento no sentido de que a dispensa indevida de licitação ocasiona prejuízo ao erário in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, em razão das condutas dos administradores.*** *Nesse sentido:* AgRg nos EDcl no AREsp 178.852/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22/05/2013; REsp 817.921/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 06/12/2012.
>
> *2. Na hipótese dos autos, a análise da pretensão recursal, no sentido de rediscutir a razoabilidade ou proporcionalidade das sanções aplicadas, com a consequente reversão do entendimento exposto pela Corte a quo, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*
>
> *3. O recorrente não cumpriu os requisitos recursais que comprovassem o dissídio jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, pois há a necessidade do cotejo analítico entre os acórdãos considerados paradigmas e a decisão impugnada, sendo imprescindível a exposição das similitudes fáticas entre os julgados.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (STJ; AgRg no REsp 1512393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015) *destaquei
>
> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DANO IN RE IPSA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO*

10 CARVALHO. José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, P. 238.

RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ.

(...) 7. ***O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)"*** *(REsp 1280321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). 8. Quanto à alegação de inexistência de ato de improbidade por parte da recorrente, que argui ter prestado o serviço de boa fé, o recurso não merece prosperar, à luz dos entendimentos das Súmulas n. 7 e n. 211 do STJ. 9. A ausência de menção do Tribunal de origem, quanto à intenção da sociedade empresária recorrente ou sua participação na conduta ilícita, não tem o condão de induzir à conclusão de que não pode ser apenada pela Lei de Improbidade, a qual, aliás, é clara ao estabelecer que "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" (art. 3º); e que, "ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano" (art. 5º). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido."* (STJ; REsp 1376524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014) *destaquei

Na hipótese, ficou evidenciado que houve duas compras de sacos de cimento, sendo a primeira em 10.05.2002, referente a 240 sacos (R$ 4.200,00), e a segunda em 24.05.2002, para a aquisição de 360 sacos (R$ 5.200,00), em um intervalo de 14 (quatorze) dias.

Da análise dos documentos e notas fiscais (f. 46-53), constata-se que tais bens foram entregues à Prefeitura Municipal de Caracol em datas diferentes, respectivamente em 10.05.2002 e 24.05.2002, conforme atestado de recebimento assinado pelo Diretor de Departamento de Obras Luiz Godoy Paiva, servidor público.

Porém, não se pode afirmar que referida compra constituiu-se em manobra do ex-prefeito para dispensar licitação e burlar a lei, tampouco há falar-se que em benefício da empresa Folle, enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, consoante as provas constantes nos autos.

Veja-se que há evidentes provas, juntadas inclusive pelo Ministério Público Estadual (fotografias – f. 128-156), acerca da realização de bueiros, bocas de lobo e meios-fios na gestão do ex-prefeito Francisco Emanoel Albuquerque Costa.

Em que pese o ex-prefeito Francisco Emanoel Albuquerque Costa não ter demonstrado a existência de anterior planejamento das despesas e imprevisibilidade e urgência nas obras, não vislumbro ofensa ao princípio da legalidade, que atentem contra a Administração Pública ou importem em enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

As testemunhas ouvidas em juízo (áudio e vídeo) (f. 304), afirmaram a utilização de cimentos nas obras realizadas pela Prefeitura de Caracol na gestão do referido ex-prefeito, bem como que, por ser Município pequeno, com acesso difícil (estrada de terra), a única empresa que aceitava entregar os produtos adquiridos era a demandada Folle.

Confira-se:

Ademir Mendonça:

> *"(...) Sr. Francisco me contratou para fazer esse trabalho de fotografia, fotografei durante três dias em Caracol, de manhã e à tarde, dessas obras que foram feitas em várias localidades, eram muitos locais (...) na época, não lembro quanto que recebi pelo trabalho (...) ele me pagou em espécie (...) ficamos trabalhando três dias (...)* ***foram várias obras, tinha obras grandes, que realmente usou bastante cimento, não sei quantos sacos*** *(...)"* *destaquei

Maykon Silva:

> *"não tenho conhecimento como é que foram feitas essas aquisições, eu só mandava executar o serviço, eu era diretor de obras e o departamento de compras não era comigo (...) o Secretário de Finanças era Manoel dos Santos Viais (...)* ***foram utilizados muitos cimentos na construção dos bueiros****".* *destaquei

Luciene Lopes Lescano:

> *"(...) esse material não foi feito licitação, na época, foi feita uma dispensa, não teve processo, não passou pelo setor de licitação (...) o Secretário de Finanças da época era o Sr. Manoel Viais, ele assinava né (...) hoje eu sou a Secretaria de Finanças e assino junto com o Prefeito (...)* ***foram usados os cimentos nas obras feitas, mas a compra, não sei (...) são serviços continuados, sempre precisa fazer bueiros****".* *destaquei

Manoel dos Santos Viais:

> *"(...)* ***foi feita a compra para ser utilizada na confecção de bueiros, praticamente né, além de outras obras que a gente também fez na época*** *(...) o Secretário de Obras pedia para o administrativo e o administrativo procedia a compra, nós* ***compramos dessa empresa porque tinha o melhor preço, na época e que entregava também em Caracol*** *(...) eram consultadas outras empresas (...) acho que foi desconhecimento,* ***nunca houve o interesse de descumprir os R$ 8.000,00 (oito mil reais)****, que era anual né, a gente tinha sim um orçamento,* ***fizemos mais de 700, 800 bueiros, tubos né, porque a cidade não tinha nenhum*** *(...) a Prefeitura tinha uma indústria, uma máquina para fazer os bueiros (...) não tinha assim um critério, como o consumo era bastante, a gente pedia tinha o depósito de cimento, era armazenado e ia usando conforme necessário (...) tem o efetivo uso, em toda a cidade e em* ***todas as estradas, todos os bueiros foram feitos na nossa época*** *(...) ele determinava a obra que a gente ia fazer e a gente fazia os procedimentos (...)* ***era a única que fornecia para nós, tanto é que tinha empresa que nem queria entregar para nós, porque era estrada de terra.****"* *destaquei

Vale dizer, todas as testemunhas foram categóricas ao afirmar que na gestão do ex-prefeito Francisco, foram utilizados muitos sacos de cimento para a realização das obras.

Tais fatos não evidenciam a prática de ato ímprobo, consubstanciado no inciso VIII, do art. 10, da LIA, porquanto não é possível presumir que o fracionamento em duas compras, de produto que tem pouca durabilidade e que foram adquiridos pelo preço de mercado, entregues e utilizados em obras públicas, teve como objetivo frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Também não é possível concluir que houve conluio entre Francisco e a empresa Folle, considerando que em setembro do mesmo ano, houve nova compra de 165 sacos de cimento (R$ 2.962,00), adquiridos de outra empresa (Metorpeças) (f. 56).

Acresça-se que é inegável que o Município de Caracol foi beneficiado com as aquisições de sacos de cimento, necessários para a realização das obras determinadas pelo demandado Francisco, não havendo falar-se em dano ao erário, tampouco presumido. Ainda que inadmitida a dispensa a licitação o que se observa é que as compras, no total, ultrapassou apenas R$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais) do limite legal (R$ 8.000,00), não sendo razoável concluir pela existência de culpa dos demandados e sequer enriquecimento ilícito.

Portanto, não há falar-se em conduta ilícita e ímproba praticada pelos recorrentes, pois, como visto pela posição doutrinária supracita, a LIA deve ser aplicada com bom senso, pois visa punir o desonesto, não podendo ser utilizada para sobrecarregar o Judiciário com questões que não tenham um mínimo de gravidade.

Ainda que a conduta dos demandados pudesse ser enquadrada em alguma das hipóteses previstas no artigo 11, da LIA, como sugerido também pelo representante do Ministério Público, tal conclusão exigiria a comprovação de que houve o elemento subjetivo dolo e, evidentemente inexistente, razão pela qual fica rechaçada a suposta improbidade, especialmente quando não há dano patrimonial e o desvio formal é superável.

Em que pese a indevida falta de planejamento e de dotação orçamentária para as obras públicas realizadas, os atos noticiados nos autos não revelam culpa ou dolo específico, que atentem contra à Administração Pública ou importem em enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, requisitos indispensáveis à infração dos bens jurídicos tutelados pela LIA, constituindo-se meras irregularidades.

Por tais motivos, entendo que a sentença não deve prevalecer.

Nesse sentido, confira-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO DOLO NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO. SÚMULA 7/STJ.*
>
> ***1. Cuida-se de ação civil pública, que busca ressarcimento de pretenso dano ao erário, decorrente de licitação para compra de uma unidade móvel de saúde, alegando o Ministério Público Federal improbidade administrativa por ausência de publicação do edital em jornal de circulação estadual.***
>
> ***2. Na sentença de primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, absolvendo os agravados das acusações de improbidade administrativa.***
>
> ***O Tribunal de origem manteve a sentença de primeiro grau, que afastou a improbidade administrativa, afirmando que houve apenas "mera irregularidade, não caracterizando desonestidade, má-fé ou improbidade, na conduta dos recorridos".***
>
> *3. As considerações feitas pelo Tribunal de origem afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta do agente não se amolda ao disposto nos arts. 8, 10 ou 11 da Lei 8.429/1992, pois não ficou caracterizado o elemento subjetivo dolo na conduta do recorrido ou dano ao erário ou violação de princípios.*
>
> *Incidência da Súmula 83/STJ, verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".*
>
> *4. Demais disso, entender diversamente do Tribunal de origem, para concluir pela ocorrência de dano ao erário ou violação de princípios ou enriquecimento ilícito, uma vez*

que houve publicação do edital apenas em âmbito regional e municipal, e, não, em jornal de circulação estadual, demandaria análise de matéria fático-probatória, vedada pela Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 822.214/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016) *destaquei

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO NO SUPRIMENTO DE MEDICAMENTOS NAS UNIDADES DE SAÚDE, HOSPITAIS, SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA E PROGRAMAS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECERAM EXPRESSAMENTE A AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO, DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DE DOLO, AFASTANDO A CONFIGURAÇÃO DE QUALQUER ATO ÍMPROBO. DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. ART. 544, § 4o., I, DO CPC.

1. Nos termos do art. 544, § 4o., I, do Código de Processo Civil, não se conhece do agravo que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão que inadmitiu, na origem, o Recurso Especial.

2. O agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

3. Ainda que se ultrapassasse o óbice imposto pelas Súmulas aplicadas, ainda assim, não comportaria êxito o reclamo do Parquet estadual, porquanto o entendimento assentado pelo acórdão recorrido esteja em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual entende que estando ausente a comprovação da conduta dolosa dos agravados em causar prejuízo ao Erário - bem como inexistente a constatação de dano efetivo ao patrimônio material do Poder Público - não há que se falar em cometimento do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, que exige a presença do efetivo dano ao Erário.

4. O Tribunal a quo reconheceu expressamente a ausência do dolo, de dano ao Erário e de enriquecimento ilícito, o que, por si só, afasta qualquer hipótese de improbidade administrativa, nos termos do posicionamento consolidado pelo STJ.

5. Quanto ao argumento do agravante que a 3a. Vice-Presidência do Tribunal de Justiça Fluminense não se manifestou sobre o seu outro fundamento do Recurso Especial (violação do art. 535, II, do CPC), cabendo a manifestação dessa Colenda Corte Superior sobre o referido fundamento, parte autônoma da irresignação recursal, releva notar que tal ponto sequer foi suscitado em seu Agravo em Recurso Especial, apenas tendo o agravante se irresignado sobre a ausência de análise quanto à alegada violação na ocasião da interposição do presente Agravo Regimental, o que, como se sabe, evidencia manifesta preclusão a respeito de indigitada insurgência.

6. Agravo Regimental do MP/RJ a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 509.655/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 04/08/2015) *destaquei

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO OU CULPA DO AGENTE. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NA NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

> ***1. Afigura-se indispensável a presença de dolo ou culpa do agente público para ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, sendo insuficiente, para tanto, meras irregularidades administrativas.***
>
> *2. A absolvição do acusado quanto à suposta prática de atos ímprobos baseada na não comprovação dos fatos narrados na inicial inviabiliza a análise da pretensão recursal, conforme orientação da Súmula 7 desta Corte.*
>
> *3. O cotejo analítico entre os casos confrontados perpassa, necessariamente, pela análise das peculiaridades fáticas da causa, o que não se fez no caso concreto.*
>
> *4. Recurso especial conhecido, em parte, para, nessa medida, negar-lhe provimento."* (REsp 1186435/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 29/04/2014) *destaquei

Dispositivo

Diante do exposto, contra o parecer, conheço dos recursos de apelação interpostos por Francisco Emanoel Albuquerque Costa e Folle Materiais para Construção e Transporte Rodoviário Ltda, rejeito as preliminares arguidas e dou-lhes provimento para reformar a sentença e julgar improcedente a demanda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos, 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. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Embargos de Declaração nº 0000083-04.2010.8.12.0051/50003 - Itaquiraí
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES – PREQUESTIONAMENTO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO –AFASTADA – AÇÃO DE COBRANÇA – OMISSÃO – EXISTENTE – ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – ATÉ 29/06/09, ATUALIZAÇÃO COM BASE NOS ÍNDICES FORNECIDOS PELOS TRIBUNAIS – A PARTIR DE 30/06/2009, COM FULCRO NO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/09 – JUROS MORATÓRIOS – A PARTIR DA CITAÇÃO – EMBARGOS PROVIDOS.

Os embargos de declaração se prestam a aperfeiçoar o julgado e afastar os vícios de omissão, contradição ou obscuridade porventura existentes, o que não se verifica na espécie.

No que se refere ao índice de atualização monetária ocorreu omissão, determinando-se a atualização, até 29.06.09, com base nos índices fornecidos pelos Tribunais e, a partir de 30.06.09, com fulcro no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, até o que Supremo Tribunal Federal encerre o julgamento do RE 870.947/SE, devendo incidir desde o momento em que as verbas deveriam ter sido pagas.

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.356.120/RS, representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, reconheceram que o termo inicial dos juros moratórios sobre as verbas remuneratórias devidas pela Fazenda Pública deve incidir a partir da citação.

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, rejeitar a preliminar e acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de maio de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Estado de Mato Grosso do Sul opôs embargos de declaração em face do acórdão proferido na 4ª Câmara Cível que, em juízo de retratação, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelas ora embargadas, exercendo o juízo de retratação para modificar o acórdão, determinando o pagamento do FGTS, no importe de 8% (oito por cento) sobre o valor dos salários recebidos, em relação aos períodos laborados, com indicência, a partir do vencimento até o efetivo pagamento, de juros de mora de acordo com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto

n. 2.322/87, no período anterior à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.480-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97; (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960 (AgRg no REsp 1157503/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015), observada a prescrição dos débitos anteriores à cinco anos do ajuizamento da ação.

Em razões recursais (f. 518-521), alega omissão no acórdão recorrido quanto ao índice de correção monetária e juros de mora a serem aplicados.

Aduz que a Taxa Referencial (TR) deverá ser fixada como índice de correção monetária, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a nova redação dada pela Lei 11.960/2009, até 25.03.2015, data após a qual deverá ser fixado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), consoante decisão do STF que, em julgamento de questão de ordem na ADI n. 4.425/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial e por arrastamento doa rt. 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, contudo, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da questão de ordem (25/03/2015).

Aponta que os juros de mora devem incidir a partir da citação, nos termos do art. 219 do CPC/73, e não da data em que os salários deveriam ter sido pagos.

Requer:

> *"Sejam sanadas as omissões apontadas, para o fim de determinar-se que (a) até 25.03.2015 deve ser aplicada a TR como índice de correção monetária e a partir dessa data o IPCA-E, nos termos dos recentes procedentes deste Tribunal; (b) os juros de mora sejam aplicados nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, contados a partir da citação, conforme art. 219 do CPC, com base em precedente recente deste Tribunal;*
>
> *Requer, outrossim, o prequestionamento do art. 219 do CPC (quanto a correta contagem dos juros de mora no caso em tela) e do art. 102, §2º da CF/88 (quanto ao efeito vinculante da ADI/ 4425/DF, que declarou a inconstitucionalidade parcial e por arrastamento do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009), de modo a viabilizar futuros recursos quanto a este tema aos Tribunais Superiores deste país."*

À f. 528-531, as embargadas apresentaram contrarrazões arguindo preliminar de não conhecimento do recurso, porquanto inexistente omissão, contradição e obscuridade no acórdão embargado, pretendendo o embargante rediscutir a matéria. Requer seja acolhida a preliminar ou que seja negado provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul opôs embargos de declaração em face do acórdão proferido na 4ª Câmara Cível, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelas ora embargadas, exercendo o juízo de retratação para modificar o acórdão, determinando o pagamento do FGTS, no importe de 8% (oito por cento) sobre o valor dos salários recebidos, em relação aos períodos laborados, com indicência, a partir do vencimento até o efetivo pagamento, de juros de mora de acordo com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º Decreto n. 2.322/87, no período anterior

à 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.480-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97; (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960 (AgRg no REsp 1157503/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015), observada a prescrição dos débitos anteriores à cinco anos do ajuizamento da ação.

Confira-se a ementa do acórdão:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO BAIXADO PARA FINS DO § 3º DO ART. 543-B DO CPC - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PERÍODOS CONSECUTIVOS - NULIDADE DO CONTRATO FGTS DEVIDO - JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO - RECURSO DA AUTORA PROVIDO.*
>
> *Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal "É constitucional o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados". (f. 470).*

Da legislação processual a ser aplicada na análise do recurso

Inicialmente, é necessário esclarecer, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016, qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015.

No que pertine à sua vigência, o CPC/2015 prevê:

> *"Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".*
>
> *"Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial".*
>
> *"Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*
>
> *§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*
>
> *§ 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*

> *§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código".*

Considerando que o CPC/2015 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves[1]:

> *"A vacatio legis* do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil.
>
> *Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): nº 267: 'Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado'*; nº 268: *'A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código'*; n. 275: *'Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior'".*

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, aos recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho[2]:

> *"Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões,sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...)*
>
> *A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?*
>
> *A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência.*
>
> *Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 – Inovações/Alterações/Supressões comentadas.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 589.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. **Aplicação da Lei no tempo – CPC 2015**. Revista Trimestral de Jurisprudência TJMS n. 198. Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2016.

> *18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso".*

Na hipótese dos autos, a decisão embargada foi proferida em 09.12.2015 (f. 478), de modo que aplicam-se aos embargos de declaração as disposições do CPC/1973.

Passo à análise do recurso.

Pois bem, o recurso de embargos de declaração está previsto no artigo 535 do Código de Processo Civil. Confira-se:

> *"Art. 535 - Cabem embargos de declaração quando:*
>
> *I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;*
>
> *II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal."*

A omissão se caracteriza pela ausência de enfrentamento de determinada questão, cuja manifestação era devida pelo julgador. A obscuridade é a falta de clareza do *decisum*. Já a contradição se faz presente quando há proposições inconciliáveis, incompatíveis entre si.

Como se vê, a função dos embargos de declaração é aperfeiçoar o julgado e afastar os vícios de omissão, contradição ou obscuridade por ventura existentes, sem que importe, com isso a revisão do julgado, salvo se lhe for atribuído efeitos infringentes.

O embargante sustenta que há omissão no acórdão embargado quanto ao índice de atualização monetária e o termo inicial dos juros moratórios.

As embargadas, por sua vez, suscitam preliminar de não conhecimento do recurso, ao argumento de que inexiste omissão no acórdão recorrido, pretendendo o recorrente rediscutir a matéria, o que é inadmissível.

A preliminar se confunde com o mérito e será com ele examinada.

Antes de passar à análise do mérito, faço um breve relato acerca da atualização monetária e dos juros de mora nas condenações da Fazenda Pública de natureza não tributária.

O cálculo da atualização monetária e dos juros de mora dos débitos da Fazenda Pública, em regra, era realizado em conformidade com a legislação civil e tributária vigentes, nos seguintes termos:

> *"I) atualização monetária calculada com base na Tabela de atualização monetária elaborada pelos Tribunais de Justiça;*
>
> *II) os juros moratórios dos débitos contraídos até 10/01/2003, término da vigência do Código Civil de 1916, incidiriam à taxa de 0,5%, nos termos do art. 1.062[3] do CC/1916; e, a partir de 11/01/2003, incidiriam à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406[4] do CC/2002 c/c art. 161, § 1º[5], do CTN."*

3 Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

4 Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

5 Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.
§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Em 24 de agosto de 2001, todavia, foi editada a Medida Provisória n. 2.180-35, cujo art. 4º acrescentou à Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997 (Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências), dentre outros, o art. 1º-F, com a seguinte redação:

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

Portanto, a partir de 24/08/01, para aplicação dos juros moratórios nas condenações impostas à Fazenda Pública, necessário distinguir a natureza do crédito devido, pois não sendo caso de aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35 (juros de mora de 6% ao ano), aplica-se a regra geral prevista no Código Civil (juros de mora de 6% ao ano até 10/01/03 (CC/1916); e, a partir de 11/01/03 (CC/2002, art. 406), juros de mora de 1% ao mês).

Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 11.960, de 29/06/09, cujo art. 5º deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, para uniformizar a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, nos seguintes termos:

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

E, os índices oficiais de remuneração básica e os juros aplicados à caderneta de poupança estão previstos no art. 12 da Lei n. 8.177/1991 (estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências).

Confira-se:

> *"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:*
>
> *I – como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;*
>
> *II – como adicional, por juros de meio por cento ao mês."*

A partir de 13/05/2012, todavia, com a entrada em vigor da Medida Provisória n. 567, posteriormente convertida na Lei n. 12.703, de 07/08/12, os juros aplicados à caderneta de poupança, que eram de 0,5% ao mês, segundo a redação original do inciso II do art. 12 da Lei 8.177/1991, foram condicionados à SELIC, consoante se infere da nova redação:

> *"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:*
>
> *(...)*
>
> *II - como remuneração adicional, por juros de: (Redação dada pela Lei n º 12.703, de 2012)*
>
> *a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); (Redação dada pela Lei n º 12.703, de 2012)*

> *b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos. (Redação dada pela Lei n º 12.703, de 2012).”*

Dessa forma, a partir da alteração legislativa ocorrida em 29/06/09 (Lei n. 11.960/2009, que em seu art. 5º, deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97), a atualização monetária dos débitos contraídos pela Fazenda Pública passou a ser calculada com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, qual seja, o índice da TR (Taxa Referencial), e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ocorre que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 18/05/2011, ao julgar Embargos de Divergência opostos no REsp 1.207.197/RS, por maioria, fixou entendimento no sentido de que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a nova redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, possui natureza instrumental e, portanto, é aplicável aos processos em curso à luz do princípio do tempo rege o ato.

Confira-se:

> *“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. 1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator. 2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio tempus regit actum. Precedentes. 3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos.”* (EREsp n. 1.207.197/RS, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 18/05/11, DJe 02/08/11).

Posteriormente, em 19/10/11, ao julgar o REsp n. 1.205.946/SP, cuja tramitação observou a regra dos Recursos Repetitivos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, a Corte Especial do STJ reafirmou a natureza de norma processual, contudo, entendeu que a nova redação do art 1º-F não pode atingir fatos anteriores à sua vigência.

Confira-se:

> *“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO.*
>
> *IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.*
>
> *2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento*

concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos." (REsp 1205946/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012)

Conforme a decisão uniformizadora proferida pela Corte Especial do STJ, em sede de recurso repetitivo, nas condenações contra a Fazenda Pública, deve-se observar as orientações constantes do item 4 da ementa:

"(...) 4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente."

Ocorre que em 09 de dezembro de 2009, a Emenda Constitucional n. 62 alterou o art. 100 da CF e acrescentou o art. 97 ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prevendo mudanças no regime de pagamento de precatórios, dentre as quais a nova forma de cálculo de atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, prevista na primeira parte do § 12 do art. 100 da CF.

Confira-se o teor do § 12 do art. 100 da CF, incluído pela EC 62/2009:

"Art. 100. (...)

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de

poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios."

Tal norma constitucional foi impugnada nas ações diretas de inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425, propostas pelo Conselho Federal da OAB e pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ao argumento de inconstitucionalidade material.

Em 14/03/13, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar, em conjunto, a ADI 4.357/DF e a ADI 4.425/DF, julgou procedentes, em parte, os pedidos, declarando a inconstitucionalidade, entre outros dispositivos, da expressão *"índice oficial de remuneração da caderneta de poupança"*, contida no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, e, por arrastamento, inconstitucional a redação dada ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, por força do art. 5º, da Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009.

Confira-se a ementa:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009.(...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. (...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios

incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (...) 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte." (ADI n. 4357/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 14/03/13).

Em 26/06/13, a Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (Recursos Repetitivos), decidiu que, nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária, "os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação da Lei n. 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período".

Confira-se a ementa:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO.

RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. AÇÃO DE COBRANÇA EM QUE SE BUSCA APENAS O PAGAMENTO DAS PARCELAS DE RETROATIVOS AINDA NÃO PAGAS.

(...)

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança"contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008." (REsp 1270439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

Em 25/03/15, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem nos autos das ADINs 4425 e 4357, em sede de modulação dos efeitos das decisões, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial, para que se deixe de aplicar a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/07 (com redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009), quanto à atualização monetária pela TR dos créditos em precatório, a data de conclusão do julgamento da referida questão de ordem, ou seja, 25/03/2015.

Veja-se:

"Questão De Ordem Nas ADIS 4.357 E 4.425

Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: 1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica

mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; (...)"

Do que foi decidido nas referidas ADINs, possível concluir que o STF se manifestou apenas quanto à forma de cálculo para atualização dos valores de precatórios, reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice de correção monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios, ou seja, no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, faltando ainda pronunciamento expresso quanto à forma de atualização monetária na fase anterior à expedição do precatório, relativa às condenações, que compreende o período entre o dano efetivo e a imputação de responsabilidade à Fazenda Pública.

Em face desta ausência de pronunciamento quanto à atualização na fase anterior à expedição de precatório, em 16/04/15, o STF reconheceu, no RE 870947/SE, a repercussão geral da matéria relativa à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09.

Confira-se a ementa:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA."

Neste mesmo julgamento, em que reconhecida a repercussão geral da matéria, o STF entendeu oportuno reiterar as razões que ensejaram o pronunciamento da Corte no julgamento das ADIns 4.357 e 4.425, para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF.

Confira-se excertos do voto:

"Primeira Questão:

Quanto ao regime de juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública:

No julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios com base na TR apenas quanto aos débitos estatais de natureza tributária.

Foi o que restou consignado na ementa daquele julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICOTRIBUTÁRIAS.

DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). (...)

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão independentemente de sua natureza, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

(sem grifos no original)

Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por completo.

Especificamente quanto ao regime dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, a orientação firmada pela Corte foi a seguinte:

Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico- tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário;

Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Segunda Questão:

Regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública:

Já quanto ao regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública a questão reveste-se de sutilezas formais. Explico.

Diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos.

O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.

O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado

no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento.

Essa limitação do objeto das ADIs consta expressamente das respectivas ementas, as quais, idênticas, registram o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS.(...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Acórdão Eletrônico DJe-188 DIVULG 25-09- 2014 Public 26-09-2014 sem grifos no original

A redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de requisitórios quanto a atualização da própria condenação. Confira-se:

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

As expressões uma única vez e até o efetivo pagamento dão conta de que a intenção do legislador ordinário foi reger a atualização monetária dos débitos fazendários tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. Daí por que o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios.

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de

pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor.

Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional.

Essa limitação, porém, não existe no debate dos juros moratórios, uma vez que, segundo a jurisprudência pacífica do STF, não incidem juros moratórios sobre precatórios (no prazo constitucional entre a sua expedição e o pagamento efetivo), de sorte que o arrastamento decidido pelo STF nas ADIs nº 4.357 e 4.425 refere-se, tal como fazia o art. 100, § 12 da CRFB, aos juros moratórios fixados na data da condenação."

Em 10/12/15, o Plenário do STF deu início ao julgamento do RE n. 870947/SE, com repercussão geral, tendo o relator do processo, Ministro Luiz Fux, proferido voto pelo parcial provimento, nos seguintes termos:

"Voto no caso concreto em dar parcial provimento ao recurso do INSS para confirmar em parte o acórdão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, e assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame, de caráter não tributário – e por isso tem razão o INSS –, manter a concessão do benefício de prestação continuada ao ora recorrido, atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança segundo o artigo 1-F da Lei 9.494/1997".

Também votaram pelo parcial provimento os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. O Ministro Teori Zavascki divergiu, dando provimento ao recurso, para manter a TR como índice de correção monetária durante todo o período, e o Ministro Marco Aurélio, que, preliminarmente, não conhecia do recurso, no mérito, negou-lhe provimento, afastando como um todo a aplicação da TR, tanto na fase de conhecimento como de tramitação do precatório. O julgamento encontra-se suspenso em face do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Embora referido julgamento ainda não esteja concluído, alguns julgadores têm adotado o posicionamento firmado pelo egrégio STJ em recurso repetitivo (REsp n. 1.270.439), no sentido de que a correção monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza não-tributária deverá ser calculada com base no IPCA-E, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da redação atual do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Sucede que, após o STJ ter pacificado entendimento sobre a matéria em 26/06/13 (REsp n. 1.270.439), o STF, no julgamento que reconheceu a repercussão geral da matéria - RE n. 870.947/SE - em 16/04/15, expressamente decidiu que:

"Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

(...)

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor."

Portanto, até que o RE n. 870.947/SE, em repercussão geral, seja julgado no STF, o cálculo da atualização monetária e dos juros de mora das condenações judiciais da Fazenda Pública de natureza não tributária, até a expedição do requisitório, deve observar o seguinte:

> *"I) até 29/06/09, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices fornecidos pelos Tribunais e juros de mora de 0,5% ao mês até 10/01/2003, data do término da vigência do CC/1916, e de 1% ao mês a partir de 11/01/2003, data da entrada em vigor do CC/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN.*
>
> *II) a partir de 30/06/2009, para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica E juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09."*

Por fim, registro que o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.356.120/RS, representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, reconheceu que o termo inicial dos juros moratórios sobre as verbas remuneratórias devidas pela Fazenda Pública continuou regido pelo art. 219 do CPC e art. 405 do CC/2002, devendo incidir a partir da citação.

Confira-se:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 8/2008. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. ART. 219 DO CPC. CITAÇÃO.*
>
> *1. A regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09, nada dispôs a respeito do termo inicial dos juros moratórios incidentes sobre obrigações ilíquidas, que continuou regido pelos arts. 219 do CPC e 405 do Código Civil de 2002.*
>
> *2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543 -C do CPC e da Resolução STJ nº 8/2008."* (REsp 1356120/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 30/08/2013)

Feitos estes esclarecimentos, passo ao exame do recurso.

Índice de atualização monetária e termo inicial dos juros de mora

O embargante sustenta omissão quanto ao índice de correção monetária, defendendo a aplicação da TR (Taxa Referencial) até 25.03.2015, e após esta data, do IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial), e quanto ao termo inicial dos juros de mora, alegando que devem ser contados a partir da citação, nos termos do art. 219 do CPC e art. 405 do CC.

Com efeito, o acórdão recorrido requer a fixação do índice de atualização monetária e o termo inicial dos juros de mora, de modo que merece rejeição a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelas embargadas e, nestes aspectos, provimento os embargos de declaração, devendo ser retificado o dispositivo do acórdão recorrido, quanto à atualização monetária e o termo inicial dos juros de mora:

> *"I) até 29/06/09, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices fornecidos pelos Tribunais.*
>
> *II) a partir de 30/06/2009, para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica E juros aplicados à caderneta de*

poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09.

III) a atualização monetária deve incidir desde o momento em que as verbas deveriam ter sido pagas[6]*, e os juros de mora, a contar da citação (15/02/2008 – f. 54), nos termos do art. 219 do CPC e art. 405 do CC."*

Portanto, modifico o acórdão embargado neste ponto.

Prequestionamento

No tocante ao prequestionamento apresentado pelo embargante, não verifico ofensa aos artigos 219 do CPC e 102, § 2º, da CF/88, visto que as matérias foram suficientemente debatidas.

Dispositivo

Posto isso, sendo tempestivos, conheço destes embargos de declaração opostos por Estado de Mato Grosso do Sul, rejeito a preliminar arguida e dou provimento ao recurso para modificar o dispositivo do acórdão recorrido, quanto à atualização monetária e o termo inicial dos juros de mora e da atualização monetária, nos seguintes termos:

"I) até 29/06/09, aplica-se a legislação vigente à época, ou seja, atualização com base nos índices fornecidos pelos Tribunais.

II) a partir de 30/06/2009, para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09.

III) a atualização monetária deve incidir desde o momento em que as verbas deveriam ter sido pagas[7]*, e os juros de mora, a contar da citação (15/02/2008 – f. 54), nos termos do art. 219 do CPC e art. 405 do CC."*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e acolheram os embargos de declaração, com efeitos infringentes, 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. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 25 de maio de 2016.

***

6 (REsp 1069794/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

7 (REsp 1069794/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801654-47.2013.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/73.

Aplica-se o CPC/73 aos recursos interpostos contra provimentos judiciais proferidos na sua vigência.

Recurso interposto por R. O. D.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PARTILHA – REGIME DE BENS – CÓDIGO CIVIL DE 1916 – COMUNHÃO PARCIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No regime da comunhão parcial de bens, a regra é que, ressalvadas as exceções legais, devem ser partilhados os bens adquiridos na constância do casamento até a data da decisão que determinou a separação de corpos, se houver.

No regime da comunhão parcial de bens, sob a égide do Código Civil de 1916, a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento independe de o cônjuge ter contribuído para a construção do patrimônio, pois a presunção de esforço mútuo é *juris et de jure*, não admitindo prova em contrário para o fim de afastá-la.

Recurso interposto por O. A. de M. D.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PARTILHA – REGIME DE BENS – CÓDIGO CIVIL DE 1916 – COMUNHÃO PARCIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No regime da comunhão parcial de bens do Código Civil de 1916, a regra é que, ressalvadas as exceções legais, devem ser partilhados os bens adquiridos na constância do casamento até a data da decisão que determinou a separação de corpos, se houver.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – REDISTRIBUÍDOS.

Nos termos do art. 21 do CPC, *"se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas"*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de junho de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

R. O. D. interpôs apelação e O. A. de M. interpôs recurso adesivo em face da sentença (f. 1.060-1.069) proferida em 14.03.2016 por Alessandro Leite Pereira, Juiz da 2ª vara da comarca de Bataguassu que, na ação de partilha de bens proposta pelo recorrente em desfavor de O. A. de M. D., julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Em razões recursais (f. 1.089-1.107), R. O. D. sustenta que é necessário a definição da forma de pagamento dos alugueis a serem partilhados, para possibilitar o cumprimento da sentença.

Defende a necessidade de se delimitar a incidência do aluguel a partir de 30.11.2012, data em que houve a separação de fato do casal e quando a apelada passou a usufruir exclusivamente do imóvel.

Afirma que contribuiu para a formação do patrimônio do casal, motivo pelo qual as aplicações em nome da requerida, que somam R$ 675.467,23 (seiscentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e vinte e três centavos), devem ser partilhadas.

Destaca que os ônus sucumbenciais devem ser atribuídos, na íntegra, à demandada, porque o autor decaiu de parte mínima do pedido.

Requer a reforma da sentença para:

> *"a) Determinar a partilha de alugueis incidentes a partir da separação de corpos em 30.11.2012, e enquanto os imóveis permanecerem ocupados ou até que finalmente sejam partilhados, e ainda com base no valor do aluguel apurado mediante pericia que sejam divididos os alugueis e pagos ao Apelante com juros e correção monetária calculados a partir da propositura da ação, tudo a ser auferido e calculado na fase de cumprimento e liquidação de sentença;*
>
> *b) Incluir no plano de partilha o capital financeiro de R$ 675.467,23 (seiscentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e sete reais, e vinte e três centavos) investidos em três aplicações distintas da Cooperativa de Crédito UNICRED do Mato Grosso, devendo ser dividido igualmente;*
>
> *c) Redistribuir a sucumbência pelas razões alinhavas alhures, condenando a Apelada ao pagamento das custas e despesas processuais e mais verba honorária advocatícia de 20% sobre o valor atualizado da causa".*

Em contrarrazões (f. 1.109-1.1115), a demandada pugnou pelo desprovimento do recurso.

Em razões recursais (f. 1.116-1.122), O. A. M. afirma a necessidade de exclusão do veículo Hyundai/Tucson da partilha, pois o recorrido não contribuiu para a sua aquisição, na medida em que foi adquirido após o decreto judicial de separação de corpos, que ocorreu em 30.11.2012, enquanto o pagamento da primeira prestação deu-se em 12.03.2013.

Assevera que o recorrido sucumbiu de grande parte de sua pretensão, de modo que deve ser responsabilizado pelo pagamento de 90% (noventa por cento) dos ônus sucumbenciais.

O recorrido pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 1.129-1.133).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por R. O. D. e de recurso adesivo interposto por O. A. de M. D. objetivando a reforma da sentença proferida em 14.03.2016 pelo Juiz da 2ª Vara da comarca de Bataguassu que, na ação de partilha de bens proposta por R. O. D. em desfavor de O. A. de M. D., julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 1.060-1.069:

> *"Frente ao exposto, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido formulado por R. O. D. nos autos deste pedido de partilha de bens proposto em face de O. A. de M. D., fazendo-o para determinar a partilha do patrimônio do casal, bens estes especificados nestes autos, na forma acima discriminada.*
>
> *Tendo em vista a sucumbência parcial, condeno ambas as partes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes correspondentes a 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (IGP-M a partir da data da distribuição da demanda), sendo que 70% (setenta por cento) serão suportados pelo autor e 30% (trinta por cento) pela ré, fazendo-se a devida compensação, nos moldes estabelecidos pelo artigo 21, caput2, do Código de Processo Civil e Súmula 3063 do Superior Tribunal de Justiça, atento ao grau de zelo com que os patronos dos litigantes lidaram com a demanda, o local da prestação de seus serviços, além do tempo exigido para tanto, conforme preceitua o art. 20, parágrafo 4°, do Código de Processo Civil.*
>
> *Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se".*

Da lei processual a ser aplicada na análise do recurso

Inicialmente, é necessário esclarecer, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016, qual é a legislação a ser aplicada no julgamento deste recurso, se o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) ou se o Código Processual de 2015.

No que pertine à sua vigência, o CPC/2015 prevê:

> *"Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".*
>
> *"Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial".*
>
> *"Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*
>
> *§ 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*

> *§ 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*
>
> *§ 5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código".*

Considerando que o CPC/2015 foi publicado em 17.03.2015 e que a *vacatio legis* é de um ano, o novo CPC, como dito, entrou em vigor em 18.03.2016.

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves[1]:

> *"A vacatio legis do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): nº 267: 'Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado'; nº 268: 'A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código'; n. 275: 'Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior'".*

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Nesse sentido, a conclusão obtida em trabalho científico pelo magistrado David de Oliveira Gomes Filho[2]:

> *"Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões,sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data. (...)*
>
> *A pergunta que fica é: - Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?*
>
> *A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data de sua existência.*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 – Inovações/Alterações/Supressões comentadas.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 589.

2 GOMES FILHO, David de Oliveira. **Aplicação da Lei no tempo – CPC 2015.**

Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso".

Na hipótese dos autos, a sentença foi proferida em 14.03.2016, de modo que aplicam-se ao recurso as disposições do CPC/1973.

Breve relato da demanda

R. O. D. ajuizou ação de partilha de bens em face de O. A. de M. D., informando que contraiu matrimônio com a requerida, sob o regime de comunhão parcial de bens, em 15.12.2000 e que o divórcio é discutido na ação n. 0802735-65.2012.8.12.0026, restando para estes autos a discussão acerca da partilha dos bens.

Arrolou os seguintes bens:

"Bens imóveis

1 - Um terreno urbano, com área de 400 m2 (quatrocentos metros quadrados), contendo uma residência de alvenaria de 176 m2 (cento e setenta e seis metros quadrados), situado à Rua Senador Souza Naves, Lote n° 06-A, Bandeirantes/PR, adquirido em 06 de outubro de 2003, avaliada em aproximadamente R$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), conforme cópia da matrícula em anexo;

2 - Um terreno urbano, com área de 480 m2 (quatrocentos e oitenta metros quadrados), contendo uma residência de alvenaria de 255 m2 (duzentos e cinquenta e cinco metros quadrados), situado à Rua José Vicente Vitiritti, n° 678, Jardim Santa Maria, Bataguassu/MS, adquirido em 22 de julho de 2009, atualmente está avaliada em R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), conforme cópia da matrícula em anexo;

3 - Um terreno urbano, com área de 253 m2 (duzentos e cinquenta e três metros quadrados), contendo uma residência de alvenaria de 119,27 m2 (cento e dezenove metros, e vinte e sete centímetros quadrados), situado à Rua Sidrolândia, n° 93, Bataguassu/MS, adquirido em 13 de janeiro de 2010, atualmente está avaliada em R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), conforme cópia da matrícula em anexo.

Para os devidos fins de direito, informamos que o imóvel descrito no item 1 - encontra-se atualmente cedido em comodato para a residência e moradia da genitora da Requerida.

O imóvel descrito no item 2 – consta alienação fiduciária à Caixa Econômica Federal, razão pela qual deverá ser oficiado à instituição para que informe as reais e atuais condições financeiras da referida operação, em especial o saldo devedor, assim como o valor devido para fins de liquidação do financiamento.

O imóvel descrito no item n° 3 – consta consórcio imobiliário junto ao banco HSBC, de modo que também será necessário oficiar à instituição para informar a respeito, em especial o saldo devedor, assim como o valor devido para fins de liquidação do financiamento. Sem embargos disso, encontra-se atualmente alugado para um conhecido da Requerida, pelo valor de R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), conforme contrato de locação que se encontra em poder da parte contrária.

Bens móveis

1 - Veículo VW SPACE FOX, ano/modelo 2007/2008, placas APN-5947, adquirido em 2007, estava em nome do Autor, posteriormente foi transferido para a Ré, que por sua vez repassou para o nome de sua genitora, conforme documentos inclusos. Foi avaliado em R$ 25.500,00 (vinte e cinco mil, e quinhentos reais), conforme tabela fipe referente à MAIO/2013;

2 - Veículo CITROEN C3 GLX, ano/modelo 2008/2009, placas AQP-9450, adquirido em 2008, único bem do casal em poder do Autor, e está avaliado em R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), nas mesmas condições que o veículo anterior;

3 - Veículo HYUNDAI TUCSON GLSB, ano/modelo 2011/2012, placas OAT-5999/MT, adquirido em 2011, atualmente em poder da Requerida, avaliado por R$ 53.000,00 (cinquenta e três mil reais).

Capital e aplicação financeira

1 - Capital de R$ 438.985,00 (quatrocentos e trinta e oito mil, e novecentos e oitenta e cinco reais) junto à UNICRED do Mato Grosso, CNPJ n° 36.900.256/0001-00, Conta n° 70220, Agência n° 1122304 2304 Sinop/MT, conforme demonstrativo em anexo;

2 - Capital de R$ 212.373,00 (duzentos e doze mil, e trezentos e setenta e três reais) junto à UNICRED do Mato Grosso, CNPJ n° 36.900.256/0001-00, Conta n° 2000141824, Agência n° 1122304 - 2304 - Sinop/MT, conforme demonstrativo em anexo;

3 - Aplicação Financeira de R$ 24.109,23 (vinte e quatro mil, e cento e nove reais, e vinte e três centavos) no Fundo UNINVEST 30 CDI, junto à UNICRED do Mato Grosso, CNPJ n° 36.900.256/0001- 00, Conta n° 70220, Agência n° 1122304 - 2304 - Sinop/MT, quantia esta que estava à livre disposição de ambos, tendo sido sacado pela Requerida, sem qualquer aviso prévio, na surdina, atitude lamentável praticado mesma, conforme demonstrativo em anexo.

O montante partilhável, em capital e aplicações financeiras perfazem R$ 675.467,23 (seiscentos e setenta e cinco mil reais, e vinte e três centavos) auferidos durante a constância do casamento e através de esforços de ambos os cônjuges, razão pela qual devem compor o rol dos bens partilháveis, inclusive os respectivos rendimentos".

Pleiteou a procedência da ação para partilha dos bens descritos na inicial e a condenação da requerida "*ao pagamento dos aluguéis dos imóveis pertencentes ao casal, na proporção de 50% do valor de mercado, exceto aquele que já foi locado, acerca do qual deverá ser condenada ao pagamento de 50% do aluguel pago pela atual locatária*".

Em contestação (f. 83-93), a requerida arguiu preliminar de incompetência absoluta e alegou que os bens foram adquiridos com o fruto exclusivo de seu trabalho.

Na decisão de f. 651-654, o magistrado rejeitou a preliminar de incompetência absoluta.

Após a instrução probatória, sobreveio a sentença recorrida, que, no que se refere aos bens, dispôs:

"Nesta toada, não há como deixar de se reconhecer que o patrimônio amealhado o foi durante a constância do casamento, ensejando a aplicação da disposição prevista no artigo 1.658 do Código Civil, acima já destacado, mas não para permitir a partilha em igualdade de partes, como almejado pelo autor, pois há peculiaridades a serem ressalvadas por este Juízo.

Restou demonstrado nos autos que o autor, durante longos anos, não mais trabalhava, vivendo da dependência da demandada, única a trazer renda para aquele ambiente familiar, pois esta afirmação trazida em contestação não foi contrariada em si.

Desta forma, é de se concluir que os valores existentes na conta corrente do Unicred do Mato Grosso, aplicações financeiras e os demais apontados tanto na petição inicial como em contestação, em sua integralidade, foram obtidos com trabalho exclusivo da demandada em decorrência de sua atividade de médica e, se assim é, não se comunicam e devem ser excluídos da partilha, pois, neste caso, tem-se a incidência da previsão estabelecida no artigo 1.659, inciso VI, do Código Civil, de seguinte teor:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

(...)

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

Desta feita, o valor levantado pelo autor o foi de forma indevida, havendo de ser restituído à demandada, com os consectários legais (correção monetária pelo IGP-M desde a data do saque, além de juros de mora de 12% ao ano a partir da citação) e, não havendo a restituição, ser compensado com o restante do patrimônio que caberá ao demandante.

Em relação aos imóveis, todavia, ficou demonstrado terem sido adquiridos na constância do casamento, inexistindo causa de exclusão da comunhão capaz de atingi-los e, por consequência, devem ser partilhados entre as partes.

Especificamente em relação ao imóvel localizado na cidade de Bandeirantes/PR, em discussão nos autos nº 0002391-97.2013.8.016.0050 da 2ª Vara da Comarca de Bandeirantes/PR, tal circunstância não inviabiliza a análise do pedido de partilha, tendo em conta que, conforme estabelece o artigo 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, a sentença produz efeito entre as partes às quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros, daí porque a partilha aqui estipulada não tem o condão de atingir direitos dos demais envolvidos nos autos acima referidos, mormente quando R. O. D. e O. A. de M. D. também são partes naqueles autos e, portanto, sofrerão os efeitos do que restar deliberado naquela demanda.

No tocante aos imóveis financiados, deve ser alvo de partilha também o valor do financiamento que foi suportado exclusivamente pela demandada, cabendo ao autor arcar com pagamento de 50% (cinquenta por cento) deste passivo, devidamente atualizado (correção monetária pelo IGP-M desde a data de pagamento de cada prestação e juros de mora de 12% ao ano a partir da citação) e, não efetuando o pagamento, haver compensação com a parte do imóvel que, neste ato, reconhece-se em seu favor.

Quanto aos aluguéis dos imóveis, devem ser eles partilhados, pois não prospera a afirmação da ré de que tais valores teriam sido utilizados para mantença das filhas, até mesmo porque há demanda de execução de alimentos em trâmite nesta comarca, sendo a via adequada para buscar o pagamento desta verba, ao tempo em que, em decorrência desta mesma execução, implementou-se a penhora no rosto destes autos, daí porque a parte que compete ao autor receber, no limite da constrição, está resguardado às filhas, ensejando, portanto, a partilha desta renda.

Em relação aos veículos Hyundai Tucson, Citroen C3 e Buggy, haverão de ser partilhados em igualdade entre as partes, ressalvando que, em relação ao Hyundai Tucson, o passivo relativo ao financiamento, devidamente atualizado (correção monetária pelo IGP-M desde a data de pagamento de cada prestação e juros de mora de 12% ao ano a partir da citação) deve também ser partilhado, cabendo ao autor restituir à ré aquilo por

ela pago, na devida proporção, e, não efetuando o pagamento, ser este débito compensado com a parte que lhe cabe na partilha do veículo.

No tocante ao VW Space Fox, afirma o autor ter ele sido "adquirido em 2007, estava em nome do Autor, posteriormente foi transferido para a ré, que por sua vez repassou para o nome de sua genitora". Desta feita, em sendo uma terceira pessoa a proprietária deste veículo, não tendo sido inserida no pólo passivo da demanda, não cabe a este juízo deliberar a respeito da partilha, pois seria atingir o patrimônio de quem não integra a lite, havendo manifesta contrariedade do artigo 472, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Como se vem a pretensão deduzida pela parte autora deve ser acolhida apenas de forma parcial".

Das razões recursais

Em razões recursais, R. O. D. requer a reforma da sentença para que seja determinada:

- a partilha da renda de alugueis a partir da separação de corpos;

- a partilha do capital financeiro de R$ 675.467,23 (seiscentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e vinte e três centavos);

- a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Em razões recursais, O. A.M. requer a reforma da sentença para que seja determinada:

- a exclusão do veículo Hyundai/Tucson da partilha;

- a imposição de 90% (noventa por cento) dos ônus sucumbenciais ao autor.

Pois bem.

Considerando que o casamento foi celebrado em 15.12.2000, consoante certidão de f. 49, e na vigência do Código Civil de 1916, aplicam-se ao caso as disposições deste diploma civil.

Confira-se:

"Art. 269. No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

II - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

III - Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder; (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962).

IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal. (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962).

"Art. 270. Igualmente não se comunicam:

I. As obrigações anteriores ao casamento.

II. As provenientes de atos ilícitos".

"Art. 271. Entram na comunhão:

VI. Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos".

Como se vê, no regime de comunhão parcial do Código Civil de 1916, considera-se comuns todos os bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável, por serem o resultado ou o fruto da estreita colaboração que se forma entre o marido e a mulher, salvo algumas exceções expressamente previstas em lei.

Sobre a matéria, os comentários de Washington de Barros Monteiro[3]:

> *"Tais efeitos não se comunicam ao outro cônjuge. Cada um deles conserva exclusivamente para si tudo quanto possuía ao casar. A comunhão só compreende os bens que se adquiram a título oneroso na constância do casamento. É por isso que esse regime se chama da comunhão parcial, porque se limita aos adquiridos depois do casamento.*
>
> *De acordo com esses princípios, são particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar. São ainda particulares os que herdar ou lhe forem doados depois do casamento, bem como os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares. Finalmente, são também particulares os demais bens indicados no preceito legal em questão. Instaura-se a comunhão apenas sob os aquestos, isto é, sobre os adquiridos a título oneroso, como a compra e venda ou a permuta, na vigência do casamento.*
>
> *Do exposto se dá conta de que no regime da comunhão parcial, os bens se distribuem em três massas distintas: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns. Como se vê, sensível é a diferença com a comunhão universal, em que se não houver bens particulares dos cônjuges, existirá uma única massa, um único acervo, comum ao casal".*

No que se refere à aplicação do Código Civil de 1916 à hipótese, confira-se o ensinamento de Nelson Rosenvald[4]:

> *"O núcleo dessa regra é a firme constatação da incidência das novas regras quanto aos regimes de bens apenas para aqueles que contraírem matrimônio a partir de 11.01.2003. Em outras palavras,* ***cuida o dispositivo de determinar a impossibilidade de extensão das alterações nos aspectos patrimoniais a todos aqueles que casaram na égide do CC/1916. A título ilustrativo, os cônjuges no regime legal da comunhão parcial comunicam mutuamente os proventos do trabalho pessoal. E assim continuará, sem mudanças.*** *Mas, para os que se casarem a partir da vigência do CC/2002, os referidos bens serão excluídos da comunhão (art. 1.659, VI, do CC).*
>
> *O artigo em comento cuidou, portanto, do direito adquirido do casal às regras específicas da estruturação do regime de bens por eles adotado.* ***A nova norma não pode violentar o ato jurídico perfeito resultante da autonomia privada que teve como causa as normas então vigentes. Ao tempo da separação ou do divórcio, mesmo na vigência do CC/2002, o magistrado deverá prestigiar as normas do Código Bevilaqua para fins de partilha do patrimônio do casal (in Cezar Peluso (coord.)".*** *destaquei

3 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. V. 2**. São Paulo: Saraiva, 1997. P. 174-175.

4 ROSENVALD. Nelson. **Código Civil Comentado**, 8ª ed., Barueri, Manole, 2014, P. 2200.

Nesse sentido, o julgado proferido neste Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – PRETENSÃO DE EXTENSÃO DA PENHORA A CONTAS BANCÁRIAS E RENDIMENTOS PERTENCENTES AO CÔNJUGE DA EXECUTADA – DESCABIMENTO – COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INCOMUNICABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES PROVENIENTES DE ATOS ILÍCITOS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 263, INCISO VI, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *Descabida a pretensão de estender a penhora a contas bancária e rendimentos pertencentes ao cônjuge da executada. Isto porque, ainda que casados sob o regime da comunhão universal de bens, a celebração ocorreu na vigência do Código Civil de 1916, sendo este o diploma legal de regência. Assim, nos termos do artigo 263, inciso VI, do referido codex, excluem-se da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos. Logo, em se tratando de incidente de cumprimento de sentença referente a danos materiais e morais apurados em acidente de trânsito, a medida ora solicitada revela-se inaplicável".* (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/04/2016; Data de registro: 20/04/2016)

Ainda, a decisão proferida por este Relator no agravo de instrumento n. 1403372-06.2016.8.12.0000:

> *"Em tese, a teor do que dispõe o inciso VI, do art. 271, do Código Civil/1916, referidos créditos trabalhistas, provenientes de proventos cuja origem se deu durante a vigência do casamento, são partilháveis, ainda que sejam de natureza remuneratória ou indenizatória.*
>
> *Confira-se o teor do disposto no VI, do art. 271, do Código Civil/1916, aplicável à espécie:*
>
> *"Art. 271. Entram na comunhão:*
>
> *VI. Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos".*

Para a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, é irrelevante se o patrimônio foi construído com o esforço de apenas um dos cônjuges.

Nesse sentido, o julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONFISSÃO. DIREITOS INDISPONÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES DO PEDIDO. CONGRUÊNCIA. PARTILHA DE BENS. FRUTOS. PRODUTOS. MERA VALORIZAÇÃO DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE BEM. COMUNICAÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 38, 128 E 351 DO CPC; ART. 5º DA LEI 9.279/96; ART. 271, V, DO CC/16. (...)*
>
> *9. Da interpretação do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, ressai cristalina a assertiva de que na união estável o regime de bens é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.*
>
> *10. Embora a união estável das partes tenha sido reconhecida no período de 1986 a 1998, a presunção de mútua colaboração na formação do patrimônio do casal, aplica-se a todo o tempo de duração da relação.*

> *11. A Lei 9.278/96 afasta a comunicação apenas do produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união estável. A comunicação dos frutos, no entanto, é admitida com fundamento no art. 271, V, do CC/16, aplicável à hipótese.*
>
> *12. A valorização dos imóveis de propriedade da recorrente trata-se de um fenômeno meramente econômico, não podendo ser identificada como fruto, produto do bem, ou mesmo como um acréscimo patrimonial decorrente do esforço comum dos companheiros. Ela decorre da própria existência do imóvel no decorrer do tempo, conjugada a outros fatores, como sua localização, estado de conservação, etc.*
>
> *13. Se os imóveis da recorrida não se comunicam porque foram adquiridos antes da união estável, ou na constância desta, mas a título de herança, ainda que tenham se valorizado ao longo do tempo, continuarão incomunicáveis.*
>
> *14. Recurso especial parcialmente provido".* (REsp 1349788/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 29/08/2014)

Portanto, a discussão sobre o patrimônio ter sido construído com ou sem o esforço do casal é inócua, pois integram a partilha todos os bens adquiridos na constância do casamento, ressalvadas as exceções legais.

Fixadas estas premissas, passo à análise dos pedidos dos recorrentes.

Recurso do requerente

No que se refere:

Aos alugueis

O apelante sustenta a necessidade de definição da forma de pagamento dos alugueis a serem partilhados, para possibilitar o cumprimento da sentença.

Pugna pela partilha dos alugueis "*a partir da separação de corpos do casal ocorrida em 30.11.2012, pois a partir desta data a Apelada passou a usufruir exclusivamente dos imóveis, em detrimento do Apelante que desde então não recebeu um centavo sequer pelo uso e gozo das três residências*".

Com razão o apelante.

A separação de corpos do casal ocorreu em 30.11.2012 e esta tem o condão de fazer cessar os efeitos decorrentes do regime de bens.

Sobre a matéria, discorrem Farias e Rosenvald:

> *"Malgrado a falta de previsão expressa regulamentadora e a natural indiferença do sistema jurídico, hodiernamente, não paira qualquer dúvida quanto à possibilidade de decorrerem efeitos jurídicos de uma separação de fato.*
>
> *Assim, da mesma forma que o estado fático de cessação da vida conjugal pode ter o condão de constituir uma família (por intermédio da caracterização de união estável, consoante permissivo do § 1º do art. 1.723 da Codificação), pode, também, por outro turno, implicar na extinção de inúmeros efeitos jurídicos sobre um determinado núcleo familiar, fazendo cessas situações diversas, de cunho pessoal ou patrimonial. (...)*
>
> *Assim, apesar da nefasta redação dos arts. 1.575, 1.576 e 1.642, V, do Código Civil estabelecendo que a comunhão de bens somente cessa com a separação ou o divórcio,*

vem se reconhecendo que a separação de fato rompe o regime de bens, em tese digna de aplausos. Sem dúvida, atenta diretamente contra a boa-fé objetiva dividir o patrimônio adquirido após a ruptura fática da conjugalidade, o que propiciaria, sem dúvida, o enriquecimento sem causa daquele que não participou da aquisição – coibido pelo art. 884 do Estatuto Civilista. É que, a toda evidência, o fundamento da comunhão de bem é a colaboração recíproca, a convivência entre o casal. Cuida-se de típico efeito da vida comum. Por isso, cessada a convivência, não devem ser partilhados os bens adquiridos posteriormente, efetivando o princípio da confiança, norte das relações patrimoniais. Esta é a orientação da jurisprudência: (...)

'A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ'." (STJ, Ac.4ªT., REsp.32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 3.9.01, p. 224, in RT 796:200)".

Confira-se julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. ANULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS. BENS ADQUIRIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO POR UM DOS CÔNJUGES. SIMULAÇÃO LESIVA À PARTILHA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. ÓBICE DA SÚMULA 283/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime matrimonial de bens. Precedentes. 2. A Corte local entendeu não restar configurada a simulação lesiva, além de não poder ser invocada pela autora, que dela tinha conhecimento há nove anos. Contra o último fundamento não se insurge a recorrente, o que atrai o óbice da súmula 283/STJ. 3. Recurso especial não conhecido". (STJ - REsp: 678790 PR 2004/0100936-0, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 10/06/2014, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

Entretanto, em se tratando de verba decorrente de aluguel, esta é devida até a data da partilha do imóvel, isso porque até a efetiva da partilha do bem, haverá condomínio entre os ex-cônjuges.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL FIRMADO PELO VARÃO, COMO PROMITENTE VENDEDOR, QUANDO OS CÔNJUGES ESTAVAM SEPARADOS JUDICIALMENTE. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. INCIDÊNCIA DAS REGRAS QUE REGEM O CONDOMÍNIO COMUM. ALIENAÇÃO DA COISA COMUM, COM TRANSMISSÃO DE POSSE. NECESSIDADE DE CONSENSO DOS CONDÔMINOS (CC/1916, ARTS. 623, III, 628 E 633; CC/2002, ART. 1.314). REGISTRO IMOBILIÁRIO DO NEGÓCIO. NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O compromisso de compra e venda de imóvel foi firmado pelo varão, como promitente vendedor, quando os cônjuges já estavam separados judicialmente, pendente, porém, a partilha de bens do casal.

2. Nessa situação, os bens passam a ser regulados segundo as regras do condomínio. Não pode o condômino alienar uma parte específica do bem, ainda que divisível, sem a concordância dos demais coproprietários (CC/1916, art. 641; CC/2002, art. 1.321). Na hipótese de alienação da coisa comum sem o consentimento dos demais condôminos, a venda é ineficaz em relação a eles, somente subsistindo se, em eventual ação divisória entre os condôminos, o quinhão acabar por ser deferido ao alienante.

3. Na hipótese de alienação da coisa comum sem o consentimento dos demais

condôminos, não é possível ao alienante dar a posse, uso ou gozo da propriedade comum a estranho adquirente (terceiro) sem o consentimento dos demais condôminos (CC/1916, arts. 623, 628 e 633; CC/2002, art. 1.314).

4. Eventualmente, no caso de posterior realização de partilha amigável entre os condôminos, ou de partilha judicial, relativa a litígio entre os condôminos, aquele anterior negócio (compromisso) poderia vir a ser confirmado em maior alcance.

5. No presente caso, tem-se inviável pretensão de um terceiro, o promitente adquirente, de obrigar que a partilha entre condôminos se realize de determinada forma, diversa daquela almejada por um dos cônjuges, justamente aquele relativamente a quem não tem o adquirente relação jurídica contratual firmada.

6. Não há como subsistir o compromisso de compra e venda, firmado sem outorga uxória, senão em seus efeitos meramente obrigacionais, ou seja, com validade exclusivamente entre as partes dele signatárias, não afetando os direitos do consorte (condômino).

7. Impõe-se a declaração de nulidade de registro imobiliário que padece de irregularidade por ausência de outorga uxória ou de consenso entre os condôminos, quanto à alienação prometida a terceiro, com o devido cancelamento.

8. Recurso especial provido em parte." (STJ; REsp 1125616/BA, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015)

Assim, o período de pagamento do aluguel deve ser o compreendido entre a separação de corpos, deferida em 30.11.2012, até a partilha.

Os juros de mora e atualização monetária devem incidir a partir da data de cada vencimento dos alugueis.

Às aplicações em nome da requerida

A teor do que dispõe o Código Civil de 1916, ao contrário do que estabelecem o Código Civil de 2002, adotado pelo magistrado, os frutos civis do trabalho do cônjuge integram a partilha de bens.

Confira-se:

"Art. 271. Entram na comunhão:

I. Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.

II. Os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.

III. Os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, nº I).

IV. As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

V. Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na cosntância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos.

VI. Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos".

Milton Paulo de Carvalho Filho, comenta o tema:

> *"Entende-se por provento toda e qualquer remuneração obtida pela atividade profissional do cônjuge: salário do embragado, honorários do profissional liberal, pro labore etc. Essa exclusão da lei deve ser entendida para o caso de separação do casal: a remuneração de cada qual não integrará a partilha. Contudo, durante a vigência do casamento, uma vez percebido o provento, este passa a integrar o patrimônio do casal, seja em espécie, seja por meio da aquisição de outros bens."* (Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2012, p. 1903) – destacado.

Não fosse isto, mesmo para os casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 2002, entende-se, no Superior Tribunal de Justiça, que os saldos bancários integrados por verbas decorrentes do trabalho pessoal do cônjuge integram a partilha.

Confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. PARTILHA. COMUNICABILIDADE DOS SALDOS BANCÁRIOS ADVINDOS DE VERBA TRABALHISTA E APOSENTADORIA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.658 E 1.659, VI, DO CC E ART. 5º DA LEI N. 9.278/1996. 1. No regime de comunhão parcial ou universal de bens, o direito ao recebimento dos proventos não se comunica ao fim do casamento, mas, ao serem tais verbas percebidas por um dos cônjuges na constância do matrimônio, transmudam-se em bem comum, mesmo que não tenham sido utilizadas na aquisição de qualquer bem móvel ou imóvel (arts. 1.658 e 1.659, VI, do Código Civil). 2. O mesmo raciocínio é aplicado à situação em que o fato gerador dos proventos e a sua reclamação judicial ocorrem durante a vigência do vínculo conjugal, independentemente do momento em que efetivamente percebidos, tornando-se, assim, suscetíveis de partilha. Tal entendimento decorre da ideia de frutos percipiendos, vale dizer, aqueles que deveriam ter sido colhidos, mas não o foram. Precedentes. 3. Na hipótese, os saldos bancários originam-se de economias advindas de salários e aposentadoria do falecido, sendo imprescindível que o montante apurado seja partilhado com a companheira no tocante ao período de vigência do vínculo conjugal. 4. Agravo regimental não provido".* (STJ - AgRg no REsp: 1143642 SP 2009/0107388-8, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 26/05/2015, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 03/06/2015)

Nesse sentido, ainda:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. SALDOS BANCÁRIOS ADVINDOS DE SALÁRIO E APOSENTADORIA. Tanto a doutrina como a jurisprudência têm se posicionado, inclusive com precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os saldos bancários oriundos de economias advidas de saláios e aposentadoria, no período de vigência do vínculo conjugar, devem ser partilhados. Havendo dúvida a este respeito na sentença, que foi mantida, devem ser acolhidos os embargos de declaração para constar da decisão embargada que tanto a poupança de fls. 05, como os valores indicados às fls. 52/59, devem ser partilhados. Embargos acolhidos".* (TJ-SP - ED: 00043092920128260007 SP 0004309-29.2012.8.26.0007, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 20/10/2015, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2015)

Isso porque, nos termos do art. 1.669 do Código Civil, no mesmo sentido do dispositivo do Código anterior acima transcrito, "*a incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento*", hipótese em que se enquadra a aplicação financeira.

A requerida admite que a verba foi constituída na constância do matrimônio, limitando-se a afirmar que "*esse montante foi formado apenas com os ganhos da ré, fruto de seus trabalhos como médica, sem qualquer colaboração financeira por parte do autor*".

Entretanto, como visto acima, no regime da comunhão parcial de bens, a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento independe de o cônjuge ter contribuído para a construção do patrimônio, pois a presunção de esforço mútuo é *juris et de jure*, não admitindo prova em contrário para o fim de afastá-la.

Portanto, se as verbas foram constituídas na constância do matrimônio, devem ser partilhadas.

Nesse sentido:

> *"DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADA COM PARTILHA – Parcial procedência - Insurgência quanto à partilha – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Prova documental que poderia ser obtida diretamente pela apelante junto à JUCESP – Depoimento colhido nos autos que não soube esclarecer sobre a participação de fato do réu na sociedade – Rendimentos percebidos pelo réu durante o casamento que já ingressaram no patrimônio e foram utilizados por ambos – Saldo de aplicações financeiras que serão objeto de partilha considerada a data da separação de corpos do casal – Sentença mantida – Recurso desprovido".* (Relator(a): Salles Rossi; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/01/2016; Data de registro: 04/02/2016)

O valor partilhado, entretanto, deve ser o existente na data da separação de corpos.

Recurso da requerida

No que se refere:

Ao veículo Tucson

O juiz da causa determinou a partilha do veículo Hyundai Tucson, "*ressalvando que, em relação ao Hyundai Tucson, o passivo relativo ao financiamento, devidamente atualizado (correção monetária pelo IGP-M desde a data de pagamento de cada prestação e juros de mora de 12% ao ano a partir da citação) deve também ser partilhado, cabendo ao autor restituir à ré aquilo por ela pago, na devida proporção, e, não efetuando o pagamento, ser este débito compensado com a parte que lhe cabe na partilha do veículo*".

Entretanto, de acordo com o que alega a recorrente, o veículo não pode ser incluído na partilha, porque foi adquirido posteriormente à separação de corpos do casal, deferida nos autos n. 0802735-65.2012.8.12.0026 em 30.11.2012. Por outro lado, o veículo foi adquirido em 14.01.2013, conforme documentos de f. 761-762.

Sendo assim, a sentença comporta reforma neste ponto.

Dos ônus sucumbenciais

Acerca da distribuição dos ônus sucumbenciais, o art. 21 do Código de Processo Civil prevê:

> *"Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.*
>
> *Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários".*

Sobre o dispositivo, os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[5]:

> *1. Sucumbência recíproca. Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. A sucumbência recíproca autoriza a interposição de recurso pela via adesiva (v. CPC 500). (...)*
>
> *3. Distribuição proporcional. As despesas processuais e os honorários de advogados deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional.*
>
> *Parágrafo Único: 4. Sucumbência mínima. Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de "parte mínima do pedido" dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.*

O autor pleiteou, na inicial, a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento e a condenação da requerida ao pagamento dos alugueis.

Veja-se (f. 14):

> *"12- A procedência da presente ação para o fim de homologar o plano de partilha, consoantes os termos propugnados, confirmando o pedido liminar, e expedindo o competente formal de partilha dos bens, bem como expedindo o mandato de averbação aos Cartórios competentes;*
>
> *13- A condenação da Ré ao pagamento dos aluguéis dos imóveis pertencentes ao casal, na proporção de 50% do valor de mercado, exceto aquele já locado, acerca do qual deverá ser condenada ao pagamento de 50% do aluguel pago pela atual locatária".*

Na hipótese, a sucumbência foi recíproca e, considerando que, com o julgamento do apelo, o autor sagrou-se vencedor na maior parte de seus pedidos, fixo a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais em 80% (oitenta por cento) para a requerida e 20% (vinte por cento) para o autor.

Dispositivo

Diante do exposto:

Conheço do recurso interposto por R. O. D. e dou-lhe provimento para:

Determinar a partilha em 50% (cinquenta por cento) da renda obtida a título de alugueis referente ao período de 30.11.2012 até a data da partilha. Além disso, que sobre as prestações devidas devem incidir juros e correção monetária a partir da data de cada recebimento; e

Determinar a partilha do saldo dos investimentos existentes na data da separação de corpos (30.11.2012), acrescidos de juros de mora e correção monetária.

Conheço do recurso interposto por O. A. de M. D. e dou-lhe provimento para excluir da partilha o veículo Hyundai/Tucson.

5 NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 298.

Fixo a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais em 80% (oitenta por cento) para a requerida e 20% (vinte por cento) para o autor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 15 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0002725-76.2010.8.12.0009 - Costa Rica
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE C/C PERDAS E DANOS – DESISTÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO APÓS SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO EXCLUSIVO DOS RÉUS – PETIÇÃO DOS AUTORES RECEBIDA COMO MERA COMUNICAÇÃO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DA SENTENÇA – ESPOSA DO RÉU – LEGITIMIDADE QUE DECORRE DO CASAMENTO – LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO – INGRESSO DOS TERCEIROS NO PROCESSO QUE SANOU EVENTUAL IRREGULARIDADE – SUSPENSÃO DO PROCESSO – DESNECESSIDADE – INOCORRÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS AUTORES – AUSÊNCIA DE VÍCIO NA CONSTITUIÇÃO DO PATRONO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – DIREITO À IMISSÃO NA POSSE ANTE A PROVA DA PROPRIEDADE – INDENIZAÇÃO DEVIDA PELO USO E FRUIÇÃO DO BEM NO PERÍODO DE EXERCÍCIO DA POSSE ILEGÍTIMA – INCIDÊNCIA DESDE O CONHECIMENTO DA ADJUDICAÇÃO DO BEM.

Discute-se, em preliminar, a legitimidade *ad causam* da cônjuge do réu, a existência de litisconsórcio necessário, a necessidade de suspensão do processo por prejudicialidade externa, vício na representação processual dos autores e suposta violação ao contraditório e ampla defesa. No mérito, controverte-se acerca do direito dos autores em imitirem-se na posse de imóvel adjudicado em juízo, bem ainda a respeito da ocorrência de perdas e danos pelo exercício ilegítimo da posse e a extensão deste prejuízo.

Após a prolação de sentença de mérito não mais se admite a desistência, sendo possível aos autores apenas a renúncia a eventual prazo recursal ou a desistência de eventual recurso interposto. Petição dos autores – que não são recorrentes – recebida como mera comunicação de que a sentença fora cumprida parcialmente, mantendo-se hígido o interesse recursal dos réus.

Em se tratando de ação que versa sobre direito real imobiliário, sendo um dos réus casados, ambos os cônjuges serão citados, pois os direitos sobre o imóvel, decorrentes do casamento, tornam a cônjuge legítima, mesmo não tendo esta participado do negócio aquisitivo da propriedade.

Eventual irregularidade decorrente da não denunciação de litisconsortes necessários está sanada pelo ingresso dos terceiros no processo, em cuja oportunidade, inclusive, afirmaram nunca terem exercido a posse do imóvel, e mais, declararam que não se opõem à imissão de posse.

Não há se falar em prejudicialidade externa, a determinar a suspensão do processo com base no art. 265, inc. IV, alínea "*a*", do Código de Processo Civil/1973 (atual art. 313, inc. V, alínea "*a*", CPC/15), se o processo supostamente conexo já foi julgado e especialmente se, no julgamento, não resultou decisão favorável à defesa dos recorrentes.

A procuração conferiu amplos poderes aos advogados dos autores, tratando-se, portanto, da "procuração geral para o foro" de que tratava o art. 38, do Código de Processo Civil/1973 (atual art. 105, CPC/15), não havendo qualquer irregularidade a macular a representação processual.

Para que reste configurada a ofensa ao art. 398, do Código de Processo Civil/1973 (atual art. 437, § 1º, CPC/15), é necessária a juntada de documento novo, sem vista à parte contrária, que influencie na solução da controvérsia. Ademais, não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o julgador entender substancialmente instruído o processo, declarando a prescindibilidade de dilação probatória por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente.

Para efeito da pretensão de imissão de posse, a transferência da propriedade imobiliária, na espécie, se comprovou com o registro do título aquisitivo perante o Registro de Imóveis. E mesmo que, em tese, houvesse disputa judicial sobre a propriedade registrada, "*não basta, para ilidir a fé pública que o registro imobiliário reveste, o ajuizamento de ação tendente a invalidá-lo; exige-se sua procedência definitiva*" (REsp Repetitivo nº 990.507/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJe 01/02/2011).

Sendo manifesto o conhecimento, pelos réus, no curso da execução da qual eram partes, da adjudicação dos direitos aquisitivos do domínio e da propriedade, indubitável ser ilegítima a posse a partir de então, a justificar o pagamento de indenização pelo uso e fruição do imóvel desde o início da posse ilegítima.

Com relação ao *dies a quo* de incidência do percentual estabelecido pelo uso e fruição indevidos, indubitável que tal deve ocorrer desde o conhecimento da adjudicação pelos réus-apelados. A partir de então, é inequívoco que os réus, então executados, tomaram conhecimento da expropriação do bem, pois, mesmo sem o competente e posterior registro imobiliário, sabiam que, com a lavratura do auto de adjudicação, pelo menos o domínio não mais lhe pertencia.

Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de junho de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Everardo Tanganelli Júnior e Liliana Molino Tanganelli contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Costa Rica/MS.

Ação: de imissão na posse de imóvel rural c/c com perdas e danos ajuizada por Claúdio Roberto Daud e Fernanda Fanganiello Daud contra os réu/apelantes, aduzindo, em suma, que adquiriram o imóvel objeto do pedido por meio de adjudicação judicial, mas não obtiveram êxito em imitir-se em sua posse.

Requereram liminarmente: a) a imissão na posse do imóvel, e b) a condenação dos réus em perdas e danos (f. 02-09).

Sentença: reconheceu a ilegalidade da ocupação do imóvel pelos réus (Fazenda São Francisco), determinando a expedição de mandado de imissão de posse, para sua desocupação no prazo de quinze (15) dias.

Sucumbência atribuída aos réus, com honorários fixados em R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

Embargos de Declaração: opostos pelos réus, foram rejeitados, entretanto, com correção, de ofício, de erro material, a fim de constar a condenação quanto às perdas e danos, a serem calculadas na base 0,5% ao mês do valor atualizado do bem.

Apelação: interposta pelos réus Everardo Tanganelli Júnior e Liliana Molino Tanganelli, sustentam: a) a ilegitimidade passiva da ré Liliana; b) a existência de litisconsorte necessário, a exigir a necessidade de acolhimento da denunciação à lide; c) a necessidade de suspensão do processo, ante a pendência de julgamento de Recurso Especial no STJ, extraído da ação originária em que se procedeu à adjudicação; d) irregularidade na representação processual dos autores, e e) cerceamento de defesa e violação do contraditório.

No mérito, aduzem que os autores: f) não trouxeram "*prova completa da aquisição da propriedade*", mesmo porque "*sabem que não são os verdadeiros proprietários e possuidores do imóvel*"; g) não demonstraram ou comprovaram a ocorrência das perdas e danos, e h) que a fixação das perdas e danos em 0,5% sobre o valor do bem foi feita de forma *extra petita*, pois "*a inicial jamais fala em tais valores*", devendo contar, se mantida a condenação, "*somente da data da r. sentença*" (f. 665-691).

Contrarrazões: aduz, preliminarmente, haver vício de dialeticidade no recurso interposto pelos réus, pugnando, no mérito, pelo não provimento da apelação (f. 697-714).

Manifestação dos autores: peticionaram desistindo do pedido de imissão na posse, pugnando, entretanto, pelo prosseguimento da ação relativamente "*às perdas e danos*" (f. 732-733).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a legitimidade de um dos réus; b) a existência, ou não, de litisconsórcio necessário, a exigir ampliação do polo passivo; c) a existência de prejudicialidade externa, a determinar a suspensão do processo; d) a ocorrência de suposta irregularidade na representação processual dos autores, e e) a ocorrência de violação ao contraditório e à ampla defesa (cerceamento de defesa).

No mérito, debate-se acerca: f) do direito de propriedade dos autores, a conferir-lhes, ou não, a potestade de pedir a emissão de posse; g) da existência de perdas e danos, e h) do início (*dies a quo*) de eventual prejuízo causado em decorrência da posse ilegítima.

De início, para bem delimitar o objeto deste recurso, destaco não ser adequado, neste momento processual, falar-se em "*desistência da ação*", ainda que exclusivamente com relação à imissão de posse, como pretendem os autores (f. 732-733) – os quais informam que "*lograram obter meios para buscar a imissão na posse do imóvel*" (f. 732).

Após a prolação de sentença de mérito não se admite a desistência, sendo possível, aos autores, apenas a renúncia a eventual prazo recursal ou a desistência de eventual recurso interposto, o que não é o caso dos autos, pois sequer recorreram.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS DECISÃO DEFINITIVA DO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. A desistência da ação é faculdade processual conferida à parte que abdica, momentaneamente, do monopólio da jurisdição, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre o mérito da causa, por isso que não pode se dar, após a sentença de mérito.*
>
> *2. Realmente, a doutrina do tema é assente no sentido de que 'o mesmo princípio que veda a 'mutatio libeli' após o saneamento impede, também, que haja desistência da ação após a decisão definitiva do juiz. Nessa hipótese, o que é lícito às partes engendrar é a transação quanto ao objeto litigioso definido jurisdicionalmente, mas, em hipótese alguma lhes é lícito desprezar a sentença, como se nada tivesse acontecido, de sorte a permitir, após a desistência da ação que potencialmente outra ação seja reproposta' (in FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 438).*
>
> *3. In casu, o acórdão recorrido reconheceu e homologou o pedido de desistência da ação feito pelos autores, mesmo após a prolação da sentença de mérito e havendo discordância expressa da União que, condicionava o ato homologatório à renúncia ao direito que se funda a ação, restando violado o art. 267, §4° do CPC, verbis: 'Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação'.*
>
> *4. Recurso especial provido."* (REsp 1.115.161/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 22/03/2010).

Assim, se a imissão de posse foi obtida de outra forma – seja amigavelmente, seja incidentalmente por meio de alguma medida tomada na ação onde fora adjudicado o bem –, tal circunstância conduz, no estágio atual do processo, ao mero cumprimento parcial da sentença proferida nestes autos.

Portanto, como tal, ou seja, como mera comunicação de cumprimento de parte do comando emergente da sentença, é que recebo a petição dos autores, mantendo-se hígido o interesse recursal dos réus, os quais questionam exatamente o direito dos autores-apelados de se imitirem na posse do imóvel.

Direito Intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a sentença, ora recorrida, foi disponibilizada nos autos em 11/04/2012 (f. 621), com decisão integrativa datada de 05/06/2012 (f. 643/648); a intimação respectiva ocorreu em 14/06/201 (f. 652); e o presente recurso foi interposto em 29/06/2015 (f. 665).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos *pendentes* (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974 RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide Enunciados de números 308, 356, 365 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Preliminares

Legitimidade da Ré Liliana Molino Tanganelli

Na apelação os réus-apelantes alegam a ilegitimidade passiva de Liliana M. Tanganelli, por não ter sido "*parte integrante*" da ação ordinária de cobrança em cujo curso (cumprimento de sentença) ocorreu a adjudicação da Fazenda São Francisco, mas também porque "*jamais teve posse ou propriedade do imóvel objeto da presente demanda*" (f. 669).

A sentença manteve a ré na lide sob o fundamento de que: a) trata-se de "*ação real relativa à imóvel*", a exigir a citação de ambos os cônjuges (f. 615), e b) porque "*se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade*", tendo em vista que "*os réus permanecem casados*" (f. 616).

De fato, em se tratando de ação que trata de direito real imobiliário (vide, *v.g.*, REsp 1.126.065/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3º Turma, 07/10/2009), sendo um dos réus casados, ambos os cônjuges serão citados, pois os direitos sobre o imóvel, decorrentes do casamento, tornam a cônjuge legítima, mesmo não tendo esta participado do negócio aquisitivo da propriedade.

Sem embargo de hipotéticas discussões a respeito, por exemplo, da extensão da responsabilidade da esposa no tocante às perdas e danos e/ou dos eventuais limites decorrentes do regime de casamento adotado – questões estas que não foram, entretanto, suscitadas na origem –, não há dúvidas de que, na espécie, a condição de esposa lhe impõe ao menos legitimidade para a causa, *ex vi* do art. 10, inc. I, do Código de Processo Civil/1973 (correspondente ao atual art. 73, § 1º, CPC/15), visando-se, principalmente, bem estabelecer-se a extensão subjetiva de eventual coisa julgada (art. 472, CPC/73; atual art. 506, CPC/15).

A respeito do tema, em situações análogas, explica Araken de Assis que:

> *"A criação de litisconsórcio entre os cônjuges, na demanda executiva, prescinde e ultrapassa o nítido caráter pessoal da obrigação constante no título executivo. A necessidade de demanda conjunta não se origina deste elemento. Decorre ela, simplesmente, da lei, que impõe a obrigatória participação do cônjuge na expropriação de bem imóvel. A regra se revela simétrica à que exige vênia conjugal nos atos voluntários de alienação ou de oneração dessa espécie de bens."* (Manual da execução. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 686)

No Superior Tribunal de Justiça, em situação que guarda paralelo com o caso em apreço, assim se decidiu:

> *"EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL HIPOTECÁRIA. CÔNJUGE DO DEVEDOR. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *1. Há legitimidade passiva, para a ação de execução, do cônjuge do devedor de cédula rural com garantia hipotecária. Precedentes.*

> *2. Recaindo a execução sobre bem imóvel dado em garantia, nos termos do art. 655, § 2º, do CPC, mostra-se imprescindível a participação da esposa na execução, uma vez que eventual penhora também atingirá sua meação, tendo em vista a concessão contratual realizada por esta.*
>
> *3. Além do mais, a obrigatoriedade do litisconsórcio decorre da possibilidade de expropriação imobiliária, independentemente de o cônjuge figurar no contrato, seja como devedor, garantidor ou apenas aquiescendo em relação a sua meação.*
>
> *4. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp 468.333/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 14/12/2009)

Ainda, pela condição de casada, a ré Liliana é também parte legítima ante o que dispõe o art. 1.196, do Código Civil/2002, segundo o qual "*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*".

Interessante notar que, sob a óptica do direito material, tanto se julga legítima a ré Liliana, que esta ingressou, na Comarca de Presidente Epitácio/SP, com a Ação Anulatória nº 0007810-53.2014.8.26.0481 (julgada improcedente em primeiro grau), visando a anular a sentença proferida na Ação de Cobrança nº 0003508-35.2001.8.26.0481 – em cuja fase de cumprimento de sentença se deu a adjudicação da Fazenda São Francisco –, justamente sob o argumento de que "*não foi citada para os atos da ação*".

Assim, sob qualquer ângulo que se analise a controvérsia, indiscutível a legitimidade passiva *ad causam* da ré Liliana M. Tanganelli.

Por essas razões, rejeito a preliminar suscitada.

Litisconsórcio Necessário

Os recorrentes questionam, ainda em sede preliminar, a existência de litisconsórcio necessário, a determinar a ampliação subjetiva da lide para incluir os então sócios do réu Everardo na aquisição – mal sucedida – da Fazenda São Francisco, quais sejam, os senhores Berardino Antônio Fanganiello e Manuela Becheri Fanganielo.

Com efeito, tendo participado da aquisição – não adimplida – o réu Everardo Tanganelli Júnior e os terceiros Berardino Antônio Fanganiello e Manuela Becheri Fanganielo, e sendo estes também demandados na ação em cujo curso se deu a adjudicação do imóvel (ação de cobrança/cumprimento de sentença nº 0003508-35.2001.8.26.0481; antiga ação nº 2001/002230), há, realmente, unidade de relação jurídica a determinar, ao menos em tese, a formação de litisconsórcio necessário (art. 47, CPC/73; atual art. 116, CPC/15), mesmo porque eventual coisa julgada favorável aos autores-apelados somente poderia alcançar aqueles últimos – acaso estivessem, *v.g.*, também impedindo a imissão de posse – se integrarem a relação jurídica processual ora estabelecida.

Contudo, eventual irregularidade nesse sentido está suprida pelo ingresso de Bernardino e Manuela no processo, em cuja oportunidade, inclusive, afirmaram nunca terem exercido a posse do imóvel, e mais, declararam que não se opõem à imissão de posse, reconhecendo, aliás, que, de fato, "*o imóvel não foi totalmente pago*" (f. 594-595).

Na oportunidade, os terceiros colacionaram, ainda, cópia de petição por meio da qual anuíram, no cumprimento de sentença da ação de cobrança nº 0003508-35.2001.8.26.0481, com a cessão de crédito realizada pela então credora Madeireira Marcacaí Ltda, a qual permitiu aos autores-apelados, na condição de cessionários do crédito exequendo, viabilizarem a adjudicação da fazenda.

A conduta dos terceiros demonstra, portanto, que, para além de não se cogitar de hipotética resistência de sua parte quanto à pretensão aqui deduzida, não há qualquer irregularidade na formação da relação jurídica processual, pois, de todo modo, ingressaram no processo, e, à luz da boa-fé, não poderiam pleitear qualquer nulidade apenas porque, formalmente, não constam do polo passivo.

Com tais fundamentos, afasto também esta preliminar.

Prejudicialidade externa

Sustentam ainda os réus-apelantes a necessidade de suspensão do processo ante a pendência de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do AREsp nº 115.038/SP, extraído, segundo alegam, dos Embargos do Devedor nº 481.01.2001.003508-1, de cujo eventual êxito "*todos os atos praticados após a r. Sentença de 1º grau da ação de conhecimento serão anulados, inclusive a [...] 'adjudicação'*." (f. 677).

Por primeiro, o recurso a que se referem os recorrentes foi há muito julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, não tendo sido conhecido o Agravo no Recurso Especial nº 115.038/SP, pois interposto fora do prazo. Essa decisão transitou em julgado em 19/06/2014, conforme se constata do andamento respectivo (www.stj.jus.br).

Para além disso, a Ação de Cobrança/Cumprimento de Sentença nº 0003508-35.2001.8.26.0481, onde ocorreu a adjudicação que deu origem ao direito de propriedade alegado pelos autores, já foi extinta ante a realização de acordo entre as partes, conforme também se constata do respectivo andamento processual. O trânsito em julgado, ocorrido em 05/11/2015, está registrado em certidão publicada em 04/03/2016 (www.tjsp.jus.br)

Portanto, não há se falar em prejudicialidade externa, a determinar a pretendida suspensão do processo com base no art. 265, inc. IV, alínea "a", do Código de Processo Civil/1973 (atual art. 313, inc. V, alínea "a", do CPC/15), se o processo supostamente conexo já foi julgado e especialmente se, no julgamento, não resultou decisão favorável à defesa dos recorrentes.

Assim, rejeito também tal preliminar.

Representação processual dos autores

Relativamente à representação processual dos autores-apelados, a qual os recorrentes reputam irregular, não há, como bem observado pela sentença, qualquer vício a ser declarado.

A procuração realmente conferiu poderes específicos aos advogados para atuarem na Carta Precatória nº 0001794-53.2008.8.12.0006 (f. 10) – a qual fora extraída da ação de cobrança alhures referida –, tendo tramitado na Comarca de Camapuã/MS, onde foram levados a efeito os atos que culminaram na adjudicação da Fazenda São Francisco pelos autores-apelados.

Contudo, a procuração também conferiu "*amplos poderes*" aos advogados dos autores, a fim de que os representassem "*em qualquer juízo, instância ou Tribunal*", a fim de que propusessem "*contra quem de direito as ações competentes*" (f. 10).

Fora confeccionada, portanto, a "*procuração geral para o foro*" de que tratava o art. 38, do Código de Processo Civil/1973 (atual art. 105, CPC/15), não havendo, portanto, qualquer irregularidade a macular a representação processual.

De igual modo rejeito tal preliminar.

Violação ao contraditório e à ampla defesa

Afirmam os réus-apelantes ter havido ofensa ao contraditório e ao seu direito de defesa, pois: a) não obstante terem requerido na contestação a produção das provas pertinentes ao deslinde da demanda, o juiz de primeiro grau procedeu ao julgamento antecipado da lide, sem oportunizar-lhes a produção de prova oral, e b) não tiveram oportunidade de se manifestarem sobre os documentos juntados posteriormente à contestação pelos autores.

Relativamente a este ponto, o que se observa de plano, é que os recorrentes sustentam, genericamente, que precisavam da dilação probatória para provar a inveracidade das alegações constantes da inicial, mas não demonstram exatamente qual prova produziriam no sentido de desconstituir a prova – documental – da propriedade carreada aos autos pelos autores.

A irresignação é meramente pragmática, mesmo quando os recorrentes alegam não terem se manifestado sobre documentos juntados após a contestação. Não se aponta sequer a utilização de tais documentos pelo juiz na fundamentação que levou à condenação dos recorrentes.

Ademais, os próprios réus-apelantes se referem a tais documentos como sendo apócrifos.

Conforme jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, "*para que reste configurada a ofensa ao artigo 398 do CPC de 1973, é necessária a juntada de documento novo, sem vista à parte contrária, que influencie na solução da controvérsia*." (AgRg no AREsp 166.921/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, DJe 12/12/2014).

Ademais, o mérito da ação tem íntima relação com o direito de propriedade alegado pelos autores, para cuja prova basta o documento do "*registro do título translativo no Registro de Imóveis*" (art. 1.245, CC/02). Difícil, assim, imaginar como a prova testemunhal pudesse guardar relevância com a desconstituição da prova documental.

Com efeito, não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o julgador entender substancialmente instruído o processo, declarando a prescindibilidade de dilação probatória por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente (AgRg no AREsp 20.543/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4º Turma, DJe 02/09/2015; AgRg no REsp 860.175/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/10/2007).

Assim, à míngua de uma demonstração concreta de prejuízo e à vista dos argumentos expostos, rejeito também esta derradeira preliminar dos apelantes.

Mérito

Propriedade da Fazenda São Francisco e direito à imissão de posse

Os recorrentes afirmam, em suma, que não há direito dos autores à imissão de posse porque pendente litígio judicial sobre a cessão de crédito que originou a aquisição da propriedade da Fazenda São Francisco pelos autores. Afirmam que "*não tem decisão judicial com trânsito em julgado em definitivo*" que lhes assegure o direito de posse e propriedade, pois a "*ação de embargos do devedor*" encontra-se em "*fase recursal e pendente de julgamento do Agravo no [...] Recurso Especial nº 115.038/SP*".

Contudo, como bem pontuou a sentença, o direito dos autores está calcado em prova documental da propriedade, sendo inconteste o fato de que a aquisição judicial da Fazenda São Francisco foi levada à registro público, na forma preconizada pelo art. 1.245, do Código Civil/2002 (Matrícula nº 13.521 - f. 74-78).

Como se sabe, o "*titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária*" (REsp 848.070/GO, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 25/03/2009).

Assim, para efeito da pretensão de imissão de posse fundada no direito de propriedade, a transferência da propriedade imobiliária, na espécie, se comprovou com o registro do título aquisitivo – no particular, o auto de adjudicação de f. 11-12 – perante o Registro de Imóveis (f. 74-78). Nesse sentido: REsp 1.238.502/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 13/06/2013.

E mesmo que, em tese, houvesse disputa judicial sobre a propriedade registrada – e não há, pois, conforme mencionado alhures, o AREsp nº 115.038/SP não fora conhecido pelo STJ, e, mais ainda, a execução já foi extinta –, "*não basta, para ilidir a fé pública que o registro imobiliário reveste, o ajuizamento de ação tendente a invalidá-lo; exige-se sua procedência definitiva*" (REsp Repetitivo nº 990.507/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJe 01/02/2011).

Assim, se a posse é adquirida "*desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*." (art. 1.204, CC/02), não há como se negar aos autores a pretendida imissão de posse, razão pela qual, também neste ponto a sentença deve ser mantida.

Existência de perdas e danos

Sustenta-se, ainda, falta de comprovação ou de demonstração efetiva de perdas e danos pelos autores-apelados, os quais, segundo a linha argumentativa defendida na apelação, não teriam sofrido qualquer prejuízo, tanto que sequer notificaram os réus-apelantes anteriormente ao ajuizamento desta ação de imissão de posse.

Argumentam ainda que os apelantes é que teriam sofrido prejuízo, pois teriam realizado diversas benfeitorias, as quais, embora não apuradas adequadamente pelo juiz de primeiro grau, lhes garantiriam direito de retenção.

Neste ponto, restou consignado pela sentença recorrida que:

> *"[...] encontra-se provado nos autos que os réus não apresentaram qualquer documento que reconheça serem os proprietários do imóvel litigioso e que ocupam o imóvel de forma legítima. Não cabe aqui apreciar a ação de cobrança e o respectivo cumprimento de sentença, os quais já foram decididos.*
>
> *A simples alegação de existência de benfeitorias, desacompanhada de qualquer individualização ou especificação, preço ou data da realização não assegura aos réus o direito de retenção.*
>
> *Ainda, nota-se que os réus detém a posse do imóvel desde 04.11.1996, quando firmado o instrumento particular de promessa de compra e venda, sendo certo que eventuais benfeitorias realizadas na propriedade ocorreram antes da adjudicação do imóvel, sendo o bem avaliado no estado em que se encontrava à época da aquisição, assim, o valor de tais melhoramentos já foram ponderados quando da adjudicação.*
>
> *Igualmente, se foram realizadas benfeitorias posteriores ao ato de adjudicação, é claro que não resta evidenciada a boa-fé por parte dos réus, pois tinham ciência que a propriedade não mais lhes pertencia, vez que os Autores detinham o título de propriedade obtido por meio da adjudicação judicial.*
>
> *Resta afastada, dessa forma, o direito de retenção do bem por benfeitorias realizadas.*
>
> *Os autores alegam fazer jus à indenização por perdas e danos, porque ficaram impossibilitados de explorar economicamente a propriedade em razão da posse dos réus.*

> *A pretensão de indenização por perdas e danos consiste no tempo de fruição do imóvel adjudicado, e, de fato, merece prosperar, sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito dos réus, que se mantiveram durante muito tempo na posse do imóvel, usando e gozando, sem prestar qualquer contraprestação aos seus proprietários.*
>
> *Dessa forma, entendo cabível a condenação dos réus por perdas e danos pela fruição do imóvel a ser paga em favor dos autores pelo tempo em que aqueles usaram e gozaram do imóvel, devidos desde o ato de adjudicação até a sua efetiva entrega.*
>
> *No que tange ao percentual a título de perdas e danos pela fruição do bem, tenho que deve ser de 0,5% (meio por cento) ao mês sobre o valor do bem atualizado."* (f. 618-619).

Em situações análogas o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a demora em se conferir posse a quem de direito dá ensejo à reparação das perdas e danos, consubstanciada em indenização "*por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora*." (AgRg no REsp 1.531.756/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 17/09/2015; AgRg no AREsp 525.614/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 25/08/2014).

Assim, em sendo manifesto o conhecimento, pelos réus-apelantes, no curso da execução da qual faziam parte, da adjudicação dos direitos aquisitivos do domínio e propriedade em favor dos autores-apelados, resta indubitável ser ilegítima a posse a partir de então, justificando, assim, o pagamento da competente indenização, a qual independe, ao contrário do sustentado na apelação, de comprovação específica, bastando a demonstração do indevido exercício da posse, sendo, pois, evidente o prejuízo a partir de então.

Com relação, cito os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça, nos quais se aplicou idêntica condenação em hipóteses semelhantes de posse ilegítima: Apelação nº 0817990-07.2013.8.12.0001, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, 24/02/2015; Apelação nº 0121575-84.2008.8.12.0001, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Câmara Cível, 26/05/2015; Apelação nº 0109007-41.2005.8.12.0001, Rel. Des. João Maria Lós, Câmara Cível I – Mutirão, 29/01/2015; Apelação nº 0126894-67.2007.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Câmara Cível II – Mutirão, 29/01/2015; Agravo Regimental nº 0024546-44.2002.8.12.0001, Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, 09/12/2014.

Portanto, afigura-se devida a reparação de danos pelo uso e fruição do imóvel desde o início da posse ilegítima.

Relativamente às benfeitorias, a sentença bem observou que não foram sequer especificadas pelos réus-apelantes, e, realmente, se realizadas antes da adjudicação, já foram consideradas na avaliação do imóvel antes da expropriação, e, se depois, não agregam proteção jurídica à posse, pois sabidamente já não se tinha esta por legítima. Assim, não há resguardo à retenção.

Termo inicial de contagem das perdas e danos

Finalmente, debatem os réus-recorrentes o fato de ter sido arbitrada, desde logo, pelo juiz de primeiro grau, o *quantum* a ser pago a título de indenização pelo uso e fruição do bem no período da posse ilegítima, considerando-se, destarte, ter havido julgamento *extra petita*. Alternativamente, defendem a incidência da indenização tão-somente a partir da sentença.

Primeiramente, não há se falar em julgamento *extra petita*, pois na inicial consta claramente a causa de pedir e o pedido relativos à indenização por perdas e danos, sob a alegação de "*privação do uso da propriedade adquirida*" (f. 07).

A sentença acolheu este pedido, cuidando tão-somente de fixar um percentual mensal (0,5%), aplicado sobre o valor atualizado do imóvel, a fim de tornar concreta a reparação das perdas e danos.

Cuidou a sentença apenas de praticamente liquidar a indenização por perdas e danos, o que limita a discussão à extensão e/ou ao quantitativo destas, não extrapolando o juiz os lindes da controvérsia apenas porque o autor pediu que houvesse liquidação de sentença. Não se olvide que haverá necessidade de liquidação para definição do valor atualizado do bem e aplicação do respectivo percentual.

Não há, portanto, condenação "*de natureza diversa da pedida*", nem "*em quantidade superior*" e tampouco com "*objeto diverso do que foi demandado*" (art. 460, CPC/73; atual art. 492, CPC/15).

Outrossim, com relação ao *dies a quo* de incidência do percentual estabelecido pelo uso e fruição indevidos, resta indubitável que tal deve ocorrer desde o conhecimento da adjudicação pelos réus-apelados, ocorrido no cumprimento de sentença da ação de cobrança que tramitou em Presidente Epitácio/SP.

A partir de então, é inequívoco que os réus-apelantes, então executados, tomaram conhecimento da expropriação do bem, pois, mesmo sem o competente e posterior registro imobiliário, sabiam que, com a lavratura do auto de adjudicação, ao menos o domínio não mais lhes pertencia.

Nesse sentido, calha a citação de importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, que bem se amolda à hipótese versanda:

> *"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. EXECUÇÃO. ARREMATAÇÃO DE BEM IMÓVEL LOCADO. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS ALUGUÉIS. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. FORMALIZAÇÃO DO AUTO DE ARREMATAÇÃO. AUSÊNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO DA CARTA DE ARREMATAÇÃO. FRUTOS DO BEM ARREMATADO. DIREITO DO ARREMATANTE. (CPC, ART. 694; CC/1916, ARTS. 530, I, e 533). RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Assim como sucede nas operações de venda e compra de imóvel, desde a celebração do respectivo contrato, normalmente por escritura pública, a transferência do domínio e posse sobre o bem já se opera entre transmitente e adquirente. O registro posterior do contrato no registro imobiliário, com a transferência da propriedade sobre o imóvel, é requisito de validade perante terceiros (efeito erga omnes), mas não entre os próprios contratantes, já obrigados desde a celebração do negócio. Ante terceiros é que somente com o registro imobiliário se tem como transmitida a propriedade do imóvel, aperfeiçoando-se, em face de pessoas estranhas à relação contratual originária, a transferência de domínio de imóvel.*
>
> *2. O mesmo ocorre na arrematação de bem penhorado em execução, quando o devedor executado, após devidamente lavrado e formalizado o respectivo auto, já não pode desconhecer sua condição de expropriado do bem imóvel que antes lhe pertencia. No momento em que a alienação judicial se torna perfeita e acabada, o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, independentemente de formalização do registro imobiliário da Carta de Arrematação.*
>
> *3. No caso, a relação jurídica em exame é aquela travada entre a própria executada expropriada, como locadora, e o arrematante, sócio da sociedade empresária locatária, não tendo os referidos artigos do anterior Código Civil, que tratam do registro do bem imóvel, o alcance pretendido pela ora recorrente.*

> *4. Em julgado recente, proferido em caso análogo, esta Corte Superior entendeu prevalente a antecedente arrematação, perfeita e acabada, até mesmo em face de outro credor, noutra execução* (REsp 866.191/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe de 28/2/2011).
>
> *5. Recurso especial desprovido".* (REsp 698.234/MT, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 30/04/2014)

Assim, também neste ponto a sentença merece ser mantida.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Everardo Tanganelli Júnior e Liliana Molino Tanganelli mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo grande, 07 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0829635-92.2014.8.12.0001– Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORTE INDEVIDO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – DANO MORAL *IN RE IPSA* – VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM QUANTIA RAZOÁVEL.

Controvérsia centrada na discussão de ocorrência de dano moral no corte indevido de serviço de telefonia, bem ainda a respeito da justeza do valor da indenização fixada na origem.

A suspensão indevida do serviço de telefonia configura, em regra, dano moral *in re ipsa*, tendo em vista tratar-se de uma atividade essencial, *ex vi* do art. 10, inc. VII, da Lei nº 7.783, de 28/06/1989.

O valor fixado para a indenização (R$ 5.000,00), à luz de outros casos semelhantes julgados nesta Câmara, não se mostra exacerbado, tendo em vista, principalmente, o quantitativo geral de falhas na prestação de serviço de telefonia, a relativa consolidação da tese a respeito da presunção de dano em hipóteses tais – que deveria servir de parâmetro para a melhoria do atendimento, da prestação dos serviços etc. –, bem ainda, o alto grau de reprovabilidade da conduta narrada na inicial e a incapacidade – intolerável – da ré em resolver rapidamente problemas simples desse jaez.

Apelação conhecida e não provida.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de junho de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Telefônica Brasil S.A. contra sentença proferida pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS.

Ação: obrigação de fazer e não fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Luiz Fernando Mutolese Areias contra a ré/apelante, aduzindo, em suma, que houve uma mudança de titularidade de sua linha telefônica sem autorização ou solicitação, e posteriormente o bloqueio dos serviços, acarretando-lhe prejuízos.

Requereu, assim, liminarmente, o restabelecimento do serviço e o cancelamento da transferência de titularidade, sob pena de multa *"horária ou diária"*, e, ao final, a condenação da ré-apelante ao pagamento de indenização por danos morais. Incidentalmente, pediu a exibição de "*todos os documentos que digam respeito ao telefone 9809-5668*" (f. 01-18).

Sentença: julgou procedente, em parte, o pedido, a fim de reconhecer *"a falha na prestação dos serviços"* com *"a transferência irregular da linha telefônica"* para o nome de terceiros e a *"interrupção injustificada no fornecimento dos serviços"*, impondo-se, assim, a condenação da ré-apelante ao pagamento de R$ 5.516,00 a título de compensação por danos morais, corrigidos pelo IGPM/FGV a partir da sentença e juros de mora desde a data da citação.

A sentença declarou ainda a *"carência da ação"* em relação à obrigação de fazer e de não fazer, visto que os problemas com a linha telefônica foram solucionados no decorrer do processo.

Ao final, atribuiu integralmente à ré/apelante o ônus da sucumbência, com honorários fixados em 15% sob o valor da condenação (f. 39-43).

Embargos de Declaração: opostos pela ré-apelante, sustentando não haver na sentença fundamentação em relação *"a existência de dano moral que justifica-se* (*sic*) *uma condenação"* (f. 46-47), os quais foram rejeitados pelo juiz de primeiro grau (f. 115).

Apelação: interposta pela ré Telefônica, sustentando: a) a inexistência de dano moral, e, alternativamente, b) a redução do valor estabelecido para a compensação dos danos morais (f . 118-139).

Contrarrazões: em síntese, refuta os argumentos da ré-recorrente requerendo, ainda, aplicação de *"multa por litigância de má-fé"* (f. 144-150).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a existência de dano moral na espécie, e, subsidiariamente, b) o valor adequado à compensação dos danos morais, e c) eventual litigância de má-fé pela recorrente.

Direito intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a sentença, ora recorrida, foi disponibilizada nos autos digitais em 12/06/2015 (f. 116); a intimação respectiva ocorreu em 16/06/2015 (f. 117); e o presente recurso foi interposto em 19/06/2015 (f. 118/139).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974 RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide enunciados nº 308, 356, 365 e 564, FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Existência de dano moral na espécie

Segundo se extrai da inicial o autor-apelado contratou o serviço de telefonia ofertado pela ré-apelante, tornando-se titular de celular móvel pré-pago , no ano de 2012.

Sustenta que em 28/07/2014 foi surpreendido ao saber da alteração de titularidade da sua conta de celular para terceiro, o que não teria sido solicitado, tampouco autorizado. Relata, ainda, que, em 11/09/2014, constatou que sua conta telefônica havia sido bloqueada, impossibilitando-o de fazer ligações.

A sentença, ao concluir pela existência de dano moral, assim pontuou:

> *"[...] é certa a existência de muito mais do que meros aborrecimentos do cotidiano ou de simples desconfortos. O Requerente, por conta da conduta da requerida, teve que suportar contínua situação de desconforto, gerada por inúmeros transtornos e frustrações, que foram somadas às tentativas, sem êxito, da solução dos problemas junto à empresa de telefonia e culminaram na interrupção dos serviços contratados.*
>
> *Não é banal o bloqueio da linha telefônica do Autor, de forma injustificada, em razão de erros cometidos pela própria empresa de telefonia. Portanto, tenho que os fatos descritos na inicial e devidamente comprovados nos autos têm o condão de causar os danos morais alegados pelo Autor*" (f. 41).

A ré-apelante, ao defender a inexistência de dano moral no caso concreto, sustenta que não houve comprovação de que o autor-apelado tenha suportado abalo à sua personalidade.

Primeiro, pontuo tratar-se o serviço de telefonia de uma atividade essencial, *ex vi* do art. 10, inc. VII, da Lei nº 7.783, de 28/06/1989.

Como tal, na linha de entendimento da jurisprudência, entendo que sua suspensão indevida configura dano moral *in re ipsa*.

Os fatos relatados pelo autor-apelado, por si só, já bastam à caracterização do dano, haja vista os transtornos evidentemente causados, que desbordam do mero dissabor e se consubstanciam em dano anímico, fruto da ineficiente prestação do serviço de telefonia pela ré-apelante.

Neste Tribunal de Justiça existem diversos julgados em todas as Câmara Cíveis que admitem ser presumido o dano moral quando decorrente de suspensão indevida de serviço de telefonia (Apelação nº 0824235-68.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, 10/03/2015; Apelação nº 0011991-45.2009.8.12.0002, Rel. Juiz Convocado Jairo Roberto de Quadros, 2ª Câmara Cível, 10/11/2015; Apelação nº 0834088-67.2013.8.12.0001, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, 3ª Câmara Cível, 27/01/2015; Agravo Regimental nº 0805599-23.2014.8.12.0021, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, 18/11/2015; Apelação nº 0001821-45.2009.8.12.0024, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, 28/07/2015).

No Superior Tribunal de Justiça existe precedente específico a respeito do tema (REsp 590.753/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 13/09/2004), ao que se alia a compreensão geral de que

o corte indevido de serviços essenciais configura, *in re ipsa*, dano anímico (AgRg no AREsp 484.166/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 08/05/2014; AgRg no AREsp 324.970/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 31/03/2014).

É bem verdade que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também entende que o mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral são insuficientes à caracterização do abalo, por serem inerentes à vida em sociedade. Também perfilha a compreensão, nesse sentido, de que a responsabilidade objetiva da prestadora do serviço de telefonia, por si só, não traz a obrigação de indenizar, sendo necessário, além da ilicitude da conduta, que desta exsurja, como efeito, o dano (*v.g.*, REsp 944.308/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 19/03/2012).

Esse entendimento, contudo, não conflita com a conclusão de que a suspensão indevida do serviço de telefonia faz presumir a ocorrência de dano.

Obviamente não se está a dizer que a mera ilicitude, sem dano, dá ensejo à compensação por abalo moral. Muito pelo contrário, compreende-se que, a partir de uma conduta ilícita (corte indevido de um serviço essencial), há presumidamente um dano indenizável.

Embora se deva tratar com temperança das hipóteses em que o dano moral se revele presumido, existem precedentes clássicos no Superior Tribunal de Justiça que chegam a afirmar que "*o dano moral não depende de prova*; *acha-se in re ipsa*." (REsp 296.634/RN, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ 26/08/2002), pois "*não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam*." (REsp 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 09/12/1997). Também nesse sentido: AgRg no AREsp 9.990/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 08/03/2012.

De qualquer forma, o que está assentado no Superior Tribunal de Justiça no sentido da não ocorrência de dano moral é o fato de que a mera cobrança indevida de serviço de telefonia – hipótese bem distinta da dos autos –, desacompanhada de indevida suspensão do serviço e/ou inscrição em cadastro de inadimplentes, não gera presunção de dano moral, sendo imprescindível a sua comprovação nessa hipótese (AgRg no REsp1.537.146/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 03/11/2015; AgRg no AREsp 569.528/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 01/02/2016).

Assim, à luz do caso concreto, conclui-se pela existência de dano moral na espécie.

Sentença mantida, portanto, neste ponto.

Valor da indenização

A ré-apelante discute, ainda, o valor da indenização fixado na sentença. Sustenta que os R$ 5.516,00 arbitrados pelo juiz não revelam "*razoabilidade, tampouco proporcionalidade*." (f. 137).

Como se sabe, o valor dos danos morais não pode constituir meio de enriquecimento sem causa, mas tampouco devem representar quantia que, de tão ínfima, não importe em repreensão ao ofensor.

Fatores como o grau de culpa, a extensão do dano, a condição social dos envolvidos etc. são norteadores importantes a balizar a fixação da compensação pelo dano moral sofrido, não obstante as peculiaridades de cada hipótese concreta possam determinar outros vetores a determinar a fixação.

Na espécie, a sentença fixou a indenização em *"7 (sete) salários mínimos vigentes nesta data, que corresponde a R$ 5.516,00 (cinco mil quinhentos e dezesseis reais)."* (f. 42).

Esse valor, à luz de outros casos semelhantes julgados nesta Câmara, não se mostra exacerbado, tendo em vista, principalmente, o quantitativo geral de falhas na prestação de serviço de telefonia, a relativa consolidação da tese a respeito da presunção de dano em hipóteses tais – que deveria servir de parâmetro

para a melhoria do atendimento, da prestação dos serviços etc. –, bem ainda, o alto grau de reprovabilidade da conduta narrada na inicial e a incapacidade – intolerável – da ré-recorrente em resolver rapidamente problemas simples desse jaez.

Existem precedentes nesta 2ª Câmara Cível que chancelaram condenações em hipóteses semelhantes que oscilam entre R$ 5.000,00 (Apelação nº 0829148-25.2014.8.12.0001, Rel. Juiz Convocado Jairo Roberto de Quadros, 22/09/2015), e R$ 10.000,00 (Agravo Regimental nº 0800835-67.2014.8.12.0029/50000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 30/06/2015), chegando a R$ 15.000,00 em decisão mais recente (Apelação nº 0013081-86.2012.8.12.0001, Rel. Des. Vilson Bertelli, 17/05/2016).

Assim, também neste ponto, mantenho a sentença recorrida.

Litigância de má-fé

O autor-apelado requereu nas contrarrazões a condenação da ré-apelante por litigância de má-fé, por entender que *"o recurso interposto é evidentemente protelatório e não pode ser conhecido."* (f. 145).

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, considera-se litigante de má-fé:

> *"[...] a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o 'improbus litigator', que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito.*" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 213).

Como se vê, a litigância de má-fé se caracteriza pela atuação processual em desconformidade com o dever jurídico de lealdade processual, aliada a uma conduta culposa ou dolosa da parte.

Na espécie, o apelante apenas exerceu seu regular direito de recorrer, não havendo má-fé em sua atuação no processo, mesmo porque não se deflui da simples interposição do recurso qualquer sinal volitivo, doloso ou culposo, que possua contornos próprios de abuso processual.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pela Telefônica Brasil S/A mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Ser. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de OLiveira, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 07 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1410151-11.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR E DO AUXILIAR – PERDA DO OBJETO – NÃO CONHECIMENTO – POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO DE GRUPO EMPRESARIAL – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – ART. 49, §§ 3° E 4°, DA LEI N° 11.101, DE 09/01/05 – ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO E CONTRATOS COM GARANTIA FIDUCIÁRIA – CRÉDITOS NÃO SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DAS *"TRAVAS BANCÁRIAS"* – COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DE GARANTIA CONSISTENTE EM SAFRAS FUTURAS/COLHEITAS – JUÍZO UNIVERSAL DA RECUPERAÇÃO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

Hipótese em que se discute a possibilidade de formação de listisconsórcio ativo; a possibilidade de controle difuso e a constitucionalidade do art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/01/05; a necessidade de afastamento das travas bancárias, a redução do valor dos honorários do administrador judicial e do advogado auxiliar de empresas em recuperação judicial, e a competência do juízo da recuperação para a execução de garantia consistente em safras/colheitas

Havendo nova decisão homologando acordo acerca dos honorários do administrador judicial e de sua auxiliar, o recurso interposto quando da primeira decisão que fixou tal verba perde seu objeto.

Se dos elementos contidos nos autos é possível se vislumbrar indícios verossímeis da existência de um grupo econômico de fato entre as empresas recuperandas, não haverá óbice à formação do litisconsórcio ativo.

Nos termos do 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/01/05, o crédito fiduciário e o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não se sujeitam ao plano de recuperação judicial.

Consoante o § 3º, do art. 49, da Lei n° 11.101, de 09/02/2005, devem ser afastados do plano de recuperação judicial os créditos dos proprietários fiduciários de bens móveis, aí incluídas a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, mantendo-se, com isso, as "travas bancárias".

A jurisprudência tem procurado minimizar atos que afetem o soerguimento da empresa. Por isso, seja qual for o crédito, os atos de execução devem antes passar pelo crivo do juízo recuperacional.

Agravo de instrumento conhecido em parte, e nesta extensão, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Rabobank Internacional Brasil S/A contra decisão prolatada pelo Juiz da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: recuperação judicial requerida por Produzir Agropecuária Ltda, Pinesso Agropastoril Ltda, Transportes Alto Ronuro Ltda, Produzir Participações S/A, Produzir Fazendas Ltda e Brasil Central Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda.

Decisão interlocutória: a) deferiu o processamento da recuperação judicial e o litisconsórcio ativo das empresas que integram o grupo PINESSO; b) deixou de aplicar o art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, reconhecendo sua inconstitucionalidade pelo controle difuso, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos parágrafos referidos estão sujeitos à recuperação judicial; c) nomeou como administrador judicial a empresa Vinicius Coutinho Consultoria e Perícias e a advogada Karyna Hirano dos Santos para auxiliar o administrador judicial, definindo as atribuições do administrador judicial; d) fixou os honorários do administrador judicial e da auxiliar em 2,2% sobre o valor devido aos credores e, como o passivo declarado foi de R$ 571.064.390,54 (quinhentos e setenta e um milhões e sessenta e quatro mil trezentos e noventa reais e cinquenta e quatro centavos), o valor arbitrado corresponderá à R$ 12.563.416,59 (doze milhões quinhentos e sessenta e três mil quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos), sendo 1,5% do administrador judicial (R$ 8.565.965,85 - oito milhões quinhentos e sessenta e cinco mil novecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos) e 0,7% da auxiliar (R$ 3.997.450,73 – três milhões novecentos e noventa e sete mil quatrocentos e cinquenta reais e setenta e três centavos), montante que deverá ser pago em 48 (quarenta e oito) parcelas, frisando, ainda, que os valores poderão ser reajustados posteriormente, após o conhecimento da real situação econômica da empresa; e) franqueou ao administrador a acessibilidade à escrituração contábil das empresas recuperandas; f) ordenou a suspensão, por 180 (cento e oitenta) dias, a contar da publicação do edital para cientificação deste *decisum*, de todas as ações ou execuções contra as empresas recuperandas, na forma do art. 6°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, ressalvadas a s ações previstas nos §§ 1°, 2° e 7°, do mesmo dispositivo legal; g) estabeleceu o prazo de 15 (quinze) dias para os credores apresentarem suas habilitações ou divergências quanto aos créditos relacionados, nos termos do § 1°, do art. 7°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005; h) indeferiu o pedido de suspensão dos apontamentos de protestos e negativações nos órgãos de proteção ao crédito das recuperandas, sócios, avalistas e garantidores; i) determinou a suspensão de eventuais "travas bancárias" existentes em contratos firmados pelas recuperandas e instituições financeiras, bem como para que não seja efetuada qualquer retenção de valores existentes nas contas correntes das recuperandas pelo tempo em que estiverem em processo de recuperação judicial; j) decidiu que qualquer pedido referente à excussão de garantia consistente em safras/colheitas das recuperandas deverá ser dirigido a este juízo (f. 702-763 – TJMS).

Agravo de instrumento: interposto pelo Rabobank Internacional Brasil S/A sustentando que: a) os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária, bem como aqueles advindos de contrato de câmbio, não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, consoante entendimento pacífico na jurisprudência, de modo que são constitucionais os §§ 3º e 4º, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005; b) o juízo de primeiro grau afastou a aplicação de dispositivos legais mediante controle difuso

de constitucionalidade sem analisar as circunstâncias do caso concreto, nem mesmo a interferência dos contratos de alienação fiduciária, leasing e adiantamento de câmbio na recuperação judicial do Grupo Pinesso, o que não é admitido; c) as "travas bancárias" decorrentes de recebíveis de cessão fiduciária de direitos, estão inseridas no conceito de garantia fiduciária e, por isso, estão abrangidas pelo artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005; d) há equívoco na decisão recorrida em permitir o litisconsórcio ativo para todas as empresas do grupo Pinesso, porque as empresas Brasil Central Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda., Produzir Agropecuária Ltda. e Produzir Fazendas Ltda. se localizam no Estado do Mato Grosso, o que importará prejuízo ao processamento da recuperação, além do que, três das seis empresas recuperandas (Transportes Alto Ronuro Ltda, Produzir Participações S/A e Produzir Fazendas Fazendas Ltda) são financeiramente saudáveis, não fazendo jus ao regime de recuperação judicial; e) o Juízo da Comarca de Campo Grande é incompetente para o processamento da recuperação em relação a safras futuras na medida em que tal posição contraria todas as previsões normativas sobre o tema, inclusive o entendimento consolidado na Súmula n. 480, do Superior Tribunal de Justiça; f) considera ser exorbitante o valor estabelecido a título de honorários do administrador judicial, bem como que a forma de pagamento estabelecida viola o art. 63, inc. I, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005.

Pede, ao final, a concessão do efeito suspensivo para sobrestar imediatamente os efeitos da r. decisão agravada no que tange a) à declaração de inconstitucionalidade do art. 49, §§ 3º e 4º c/c art. 86, inc. II, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, b) à liberação das "travas bancárias", c) ao recebimento e processamento da Recuperação Judicial com litisconsórcio ativo das empresas Agravadas; d) à declaração de competência de questões relativas às safras futuras para o juízo da Recuperação Judicial, e e) ao pagamento dos honorários fixados ao Administrador Judicial e sua Auxiliar.

O recurso foi recebido em seu duplo efeito (devolutivo e suspensivo) – f. 1486-1489.

Informações do juiz singular (f. 1495-1502).

Manifestação do administrador judicial (f. 1503-1507).

Contrarrazões da Produzir Agropecuária Ltda e outras: pedindo o não provimento do recurso (f. 1514-1543).

Pedido de homologação de acordo com relação aos honorários do administrador judicial e da auxiliar (f. 1547-1551/1557-1558) e manifestação do então relator (juiz convocado José Ale Ahmad Netto) de que não apreciaria o pleito porque a competência para sua análise é do juiz de primeiro grau (f. 1564).

Petição do agravante: pede o julgamento do agravo em sua integralidade, em que pese a decisão homologatória dos honorários do administrador judicial e da auxiliar, que também foi objeto de recurso (f. 1574-1577).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a formação de litisconsórcio ativo; b) a possibilidade do controle difuso e a constitucionalidade dos §§ 3° e 4°, do art. 49, da lei nº 11.101, de 09/02/2005; c) o valor dos honorários do administrador judicial e da auxiliar das recuperandas, ora agravadas, fixados pelo juiz singular em 2,2% do passivo declarado, totalizando R$ 12.563.416,59 (doze milhões e quinhentos e sessenta e três mil quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos), sendo 1,5% do administrador judicial (R$ 8.565.965,85 – oito milhões e quinhentos e sessenta e cinco mil novecentos e sessenta e cinco reais e oitenta

e cinco centavos) e 0,7% da advogada auxiliar (R$ 3.997.450,73 – três milhões e novecentos e noventa e sete mil quatrocentos e cinquenta reais e setenta e três centavos); d) a manutenção das "*travas bancárias*" e e) a competência do juízo da recuperação para a execução de garantia consistente em safras/colheitas.

Direito intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a decisão, ora recorrida, foi disponibilizada nos autos em 15/07/2015; a intimação respectiva ocorreu em 23/07/2015; e o presente recurso foi interposto em 04/09/2015 (f. 1474).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974 RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide Enunciados de números 308, 356, 365 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Insurgência contra os honorários do administrador judicial e da auxiliar inicialmente fixados - fato superveniente modificador e ensejador de nova fixação com redução - não conhecimento – perda do objeto

Extrai-se da decisão que determinou o processamento da recuperação judicial das agravadas que o magistrado singular nomeou como administradora judicial a empresa Vinicius Coutinho Consultoria e Perícias, bem como a advogada Dra Karina Hirano Dos Santos como auxiliar do administrador.

Também nesta decisão, foi arbitrado o valor da remuneração de ambos os auxiliares do juízo.

Segue o trecho da decisão que arbitrou os referidos honorários:

> *"Honorários do administrador e da advogada.*
>
> *O valor mensal dos honorários do administrador deve obedecer limites, sob pena de, até mesmo, ultrapassar o limite máximo de 5 % do valor devido aos credores, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24, da lei 11.101/05.*
>
> *Assim, nota-se que a decisão deve ser adequada aos demais parâmetros legais, sob pena de causar prejuízos a empresa requerente, impossibilitando, até mesmo, a sua recuperação judicial.*

Diante disso, passa-se a tratar do tema da remuneração do administrador judicial, com base no art. 24 supracitado, bem como na jurisprudência atualizada sobre esse assunto.

Entendo que, não há óbice de que a remuneração mensal e a total seja estabelecida inicialmente e de ofício, no despacho que defere o processamento do pleito recuperatório ou, em seguida, a requerimento do administrador judicial nomeado, desde que fixada de forma objetiva e consoante os critérios legais, uma vez que, eventual mau desempenho do administrador acarreta sua destituição, nos termos do artigo 31 da Lei de Recuperações e Falências.

O primeiro critério instituído pelo legislador é a "capacidade de pagamento do devedor". Esta, será estimada, levando-se em conta a documentação contábil, a relação dos credores e respectivo passivo, bem como a relação dos empregados com suas funções e salários, a teor do artigo 51, I a IV, da Lei n. 11.101/2005. Do conjunto de tais documentos, o magistrado aferirá a capacidade de pagamento da devedora, não devendo se olvidar que a devedora está em crise econômico-financeira e da aplicabilidade do princípio da preservação da empresa.

O segundo critério a ser observado consiste no "grau de complexidade do trabalho". O juiz, com sua experiência no exercício da judicatura, sob o enfoque do artigo 335 do Código de Processo Civil, estimará o trabalho a ser realizado pelo administrador judicial, analisando-se o número de credores, o valor do passivo, etc.

Por fim, estabelece a legislação que o magistrado também observará "os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes".

Finalmente, cumpre atentar-se ao teto máximo que a Lei permite para a honorária do administrador, fixada em 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

Evidentemente, entre o mínimo de 0,1% e o máximo de 5%, o magistrado deve ponderar o valor do passivo apresentado, examinando-se os postulados acima explicitados e o princípio constitucional da proporcionalidade, o "princípio dos princípios", norteador das atividades do Judiciário, Legislativo e Executivo.

Em casos semelhantes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotando os pressupostos acima referidos fixou a remuneração do Administrador Judicial nas Recuperações Judiciais em 2,5 % sobre o valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial, senão vejamos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 680.381-4/2-00, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante Polimarcas Agência de Venda e Distribuidora Ltda. (em recuperação judicial) sendo agravado o juízo: acordam, em Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram Provimento em Parte ao Recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores Romeu Ricupero (Presidente), José Roberto Lino Machado. para o cargo de administradora judicial.

Arbitramento da remuneração em valor que afronta os critérios do art. 24 da Lei n 11.101/2005. Pedido de substituição da administradora.

Provimento parcial do recurso para reduzir a remuneração para 2,5% do passivo declarado a ser paga em 36 parcelas mensais, reservando-se ao magistrado a possibilidade

de ulterior revisão dos honorários, consoante critérios estabelecidos na legislação de regência. Agravo parcialmente provido. (15.12.2009) No caso em tela, diante da realidade econômica das empresas requerentes, bem como da complexidade da recuperação, que, com certeza exigirá árduo trabalho do Administrador, impondo-se a ele a prática de todos os esforços necessários para a recuperação obter êxito, diante do fato de que as autoras são empresas de grande porte na região, considerando-se os critérios estabelecidos pela lei, bem como diante do entendimento jurisprudencial atual, considero adequado fixar o valor total da remuneração do Administrador em 2,2 % sobre o valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial.

O valor do passivo declarado é de R$ 571.064.390,54 (quinhentos e setenta e um milhões, sessenta e quatro mil, trezentos e noventa reais e cinquenta e quatro centavos) conforme alegado pelas requerentes (fls. 801-939), portanto, os 2,2 % correspondem a R$ 12.563.416,59 (doze milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos), valor total da remuneração do Administrador e da Advogada, auxiliares do juízo.

Via de regra este juízo tem fixado 2.5 % sobre o passivo declarado, todavia, como e cediço, cada ação tem suas peculiaridades próprias e então considerei necessário reduzir o valor da remuneração para 2.2 %, com o intuito de não criar obstáculos para a recuperação, tendo em vista o vultoso valor da dívida.

Na recuperação judicial, os parâmetros para o Juiz fixar a remuneração do Administrador judicial são os mesmos, havendo uma só especificidade a considerar, qual seja, a inexistência de expressa previsão de parcelamento. O percentual de cada prestação do total devido ao Administrador Judicial, à falta de específica disciplina da lei, portanto, será fixado discricionariamente pelo Juiz.

A respeito da remuneração do administrador também e relevante esclarecer que tenho seguido o entendimento exposto no acórdão nº 0154561-31.2013.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante Vetro Industria Comercio e Serviços Ltda (em recuperação judicial), é agravado o juízo. Acordam, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores Enio Zuliani (Presidente sem voto), Francisco Loureiro e Fortes Barbosa. São Paulo, 15 de maio de 2014. Teixeira Leite relator. Assinatura Eletrônica:

É duvidosa a aplicabilidade da disposição legal à recuperação judicial, haja vista que se refere especificamente à falência (art. 154 e 155). Isso porque essa reserva de 40% da remuneração total para pagamento no encerramento da recuperação não tem o mesmo sentido que a lei lhe atribui quando se trata de falência. Nesse aspecto, peço vênia ao Exmo. Desembargador Pereira Calças, para adotar os argumentos despendidos no AI 0273351-13.2009, j. 26/01/2010: Malgrado o entendimento doutrinário sobre o tema seja no sentido de ser necessária a reserva de 40% da remuneração para ser paga ao administrador judicial, após o encerramento do processo de recuperação judicial, depois de refletir sobre a imensa diferença entre a atividade exercida pelo administrador judicial quando atua na falência, em comparação com suas funções na recuperação judicial, convenci-me de que o § 2º do art. 24 da Lei n° 11.101/2005 que determina seja reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento, após o atendimento do previsto nos arts. 154 a 155 da LRF, não pode ser aplicado ao processo de recuperação judicial. Altero, portanto, entendimento externado em outros recursos, nos quais determinei a reserva de 40% para pagamento do administrador judicial em recuperação judicial, após a prestação e a aprovação das contas, haja vista ser desnecessária. Com efeito, na falência, o administrador judicial efetivamente administra

coisa alheia, ou seja, a massa falida, realiza o ativo (recebe créditos da massa, aliena os bens arrecadados), celebra contratos, efetua o pagamento dos credores concursais e extraconcursais, promove restituição de bens e dinheiro, etc. Em razão disso, na falência, o administrador judicial tem que prestar contas de sua administração e só depois de tê-las aprovadas é que terá o direito de receber o saldo de sua remuneração. Na recuperação judicial, porém, o administrador judicial não tem qualquer atividade de administrador de massa, que não se institui, nem interfere, nem pode interferir na administração da empresa em recuperação, que continuará sob a gerência do empresário ou dos administradores estatutários ou contratuais da sociedade empresária. Não há, portanto, respeitado o entendimento contrário, qualquer fundamento legal ou jurídico para que o administrador judicial nomeado na recuperação judicial tenha que prestar contas nos termos dos artigos 154 e 155 da Lei n° 11.101/2005 . Há outros precedentes verba trabalhista - Possibilidade - Remuneração do administrador Judicial - Redução. Possível a reserva de quantia devida em razão de vinculo empregatício, objeto de execução, por ordem do juízo trabalhista - Sendo excessiva a remuneração do administrador judicial, possível reduzi-la e fixá-la em pagamentos parcelados, sem exigência de pagamento único, a final, de quarenta por cento de seu valor. Agravo provido em parte (AI 0150550-61.2010, rel. Lino Machado, j. 10/08/2010). Agravo de instrumento - Recuperação judicial - Administrador - Remuneração - Reserva Descabimento - Manifestação deste sobre o plano de recuperação judicial não prevista em lei. Não inclui a lei entre as atribuições do administrador a de se manifestar sobre o plano de recuperação judicial, assim como a aplicação do § 2o do art. 24 da NLF só faz nos processos falimentares. Agravo provido, com observação (AI 9067354-11.2008, rel. Lino Machado, j. 29/10/2008).

Assim, fixo o pagamento mensal dos auxiliares do juízo da seguinte forma:

Do total de 2,2%, caberá:

a) 1,5 % ao Administrador, correspondente a R$ 8.565.965,85, (oito milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil, novecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos) em 48 parcelas de R$ 178.457,62 (cento e setenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos);

b) 0,7 % à Advogada, correspondente a R$ 3.997.450,73 (três milhões novecentos e noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta reais e setenta e três centavos) em 48 parcelas de R$ 83.280,22 (oitenta e três mil duzentos e oitenta reais e vinte e dois centavos).

Esse valor poderá ser reajustado para mais ou para menos posteriormente, após o conhecimento real da situação econômica da empresa. As parcelas mensais deverão ser depositadas na Conta Única em todo dia 10 de cada mês, iniciando-se no mês de agosto de 2015. Autorizo, desde já, a liberação dos valores depositados nos autos a título de honorários do Administrador, tão logo seja efetuado o depósito.

Obtendo êxito a recuperação da empresa autora no prazo de dois anos (art. 86 da LFR), o pagamento da remuneração dos auxiliares referidos poderá ser antecipada".

Contra esta decisão foi interposto o presente recurso, recebido no efeito suspensivo pelo então Relator Juiz Convocado José Ale Ahmad Netto , *verbis*:

"Em relação aos honorários arbitrados ao administrador judicial e seus auxiliares, verifica-se que do valor de R$ 12.563.416,59 (doze milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos), foram fixados o valor de R$ 8.565.965,85, (oito milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil, novecentos e sessenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos) em 48 parcelas de R$ 178.457,62 (cento e setenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos) para o

administrador judicial, e R$ 3.997.450,73 (três milhões novecentos e noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta reais e setenta e três centavos) em 48 parcelas de R$ 83.280,22 (oitenta e três mil duzentos e oitenta reais e vinte e dois centavos) para a advogada nomeada para auxilia-lo, assim, a recuperanda arcará mensalmente com o valor de R$ 261.737,84 (duzentos e sessenta e um mil, setecentos e trinta e sete reais e oitenta e quatro centavos).

Dessa forma, em uma análise preliminar, o valor arbitrado à título de remuneração do administrador judicial e seus auxiliares dificultará ainda mais a recuperação, e ainda caso seja dado provimento ao agravo acerca da inclusão ou não na recuperação dos créditos arrolados no artigo 49, §§ 3º e 4º da Lei 11.105/2005, o trabalho do administrador judicial será minorado, bem como o passivo concursal (valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial) será consideravelmente reduzido.

Dito isso, necessário se faz a concessão do efeito suspensivo também em relação aos honorários fixados ao administrador judicial e seus auxiliares.

Evidenciados, portanto, a relevância das alegações e o risco de dano, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, a fim de que sejam obstados os efeitos da decisão agravada até julgamento final deste recurso".

No curso deste recurso, as recuperandas, o administrador judicial e sua auxiliar noticiaram a celebração de composição com a redução desta remuneração em 40% (quarenta por cento) do valor inicialmente estabelecido pelo juízo – f. 211-215/221-222, pedindo ao juiz singular que homologasse o pacto.

O magistrado, no entanto, deixou *"de homologar o referido acordo ante o efeito suspensivo concedido pelo TJ/MS nos agravos de instrumento interpostos pelos credores Banco Pan S/A, Banco Fibra S/A, Banco Santander S/A e HSBC Bank Brasil S/A referente aos honorários fixados"*.

Por sua vez, as recuperandas, o administrador judicial e sua auxiliar, formularam o mesmo pedido perante o então relator juiz convocado José Ale Ahmad Netto, que assim decidiu:

"Em que pesem as alegações do perito, a competência para analisar o pedido de homologação de acordo é do juízo de primeiro grau.

Assim, indefiro o pedido de fls. 215, pois formulado em instância errada".

Diante da recusa do Relator em homologar o acordo, novamente o pleito homologatório foi direcionado ao juiz de origem, que desta vez lançou sua decisão chancelando o acordado celebrado entre as recuperandas, o Administrador Judicial e sua Auxiliar:

"Ante a informação prestada pelo Administrador às fls. 7.169/7.170 de que o acordo entabulado com as Recuperandas referentes aos honorários não foi homologado pelo Juiz Convocado, Dr. José ale Ahmd Netto - Relator do Agravo de Instrumento n. 1408425-02.2015 – por entender que a competência para a análise do pedido de homologação do acordo é do juízo de primeiro grau, homologo o acordo de fls. 2.663-2.665 firmado entre as Recuperandas, a advogada Karyna Hirano dos Santos e o Administrador referente aos honorários, para que produza seus jurídicos e legais efeitos".

Tal decisão importou na redução dos honorários, antes fixados em R$ 12.563.416,59 (doze milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos) para a quantia de R$ 7.513.417,07 (sete milhões e quinhentos e treze mil e quatrocentos e dezessete reais e sete centavos), sendo R$ 5.464.303,33 (cinco milhões e quatrocentos e sessenta e quatro mil e trezentos e três reais e trinta

e três centavos) para a administradora judicial e R$ 2.049.113,75 (dois milhões e quarenta e nove mil e cento e treze reais e setenta e cinco centavos) para a auxiliar do administrador judicial.

A dedução do valor dos honorários anteriormente arbitrados pelo magistrado de origem esvaziou parte do conteúdo da decisão ora recorrida, implicando a falta de interesse recursal superveniente, pela perda parcial do objeto deste recurso, vale dizer, no tocante à fixação do valor dos honorários do administrador judicial e de sua auxiliar.

Repise-se. A insurgência veiculada no presente agravo foi direcionada contra aquele valor inicialmente fixado pelo juiz *a quo* a título de honorários do administrador judicial e da auxiliar, no montante total de R$ 12.563.416,59 (doze milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e cinquenta e nove centavos), ocorrendo, porém, que, posteriormente, em razão de nova decisão judicial, houve a redução do valor da referida remuneração dos auxiliares do juízo, mediante acordo homologado judicialmente, o que conduz este relator à inevitável conclusão de que, no que concerne aos honorários do administrador judicial e da auxiliar, carece ao agravante, por fato superveniente, o interesse recursal que outrora justificou o manejo deste recurso.

Impende concluir, por força da nova decisão acerca dos referidos honorários, que o presente recurso, interposto quando da primeira decisão que estabeleceu aquele valor inicial, perdeu seu objeto em razão da posterior redução.

Eventual irresignação de quaisquer das partes agora se justifica pelo novo valor homologado judicialmente, e não mais pela quantia originariamente deliberada pelo juízo, que não mais subsiste.

É cediço que no sistema recursal, para que o recurso seja admitido, é preciso que haja a utilidade e a necessidade.

Consoante doutrina de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> *"O exame do interesse recursal segue a metodologia do exame do interesse de agir (condição da ação). Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada – a necessidade – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo."* (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Salvador-Bahia: Jus Podivm, 2007. p. 48).

De outro tanto:

> *"Considera-se prejudicado o recurso nos casos em que o interesse recursal desapareceu superveniente à interposição. O processo representa o indispensável mecanismo de mediação e resolução dos conflitos verificados na vida em sociedade. Todavia, o processo se desenvolve no tempo, pois não há justiça instantânea... Nesta contingência, o juiz julgará a lide não como ela se apresentava no passado, mas como ela se exibe no presente – no momento do próprio julgamento. A transformação dos fatos ou do direito beneficia as partes, indiferentemente, mas, vindo ao encontro da proposição do réu, diz-se que o processo perdeu o objeto ou se encontra prejudicado"* (Araken de Assis. Manual dos Recursos, 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 280).

Não é diferente a orientação jurisprudencial sobre essa temática:

> *"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERVENIENTE PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO.*

> *1. A Corte Especial, em decisão recente, ao julgar o EAREsp 488.188/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, publicada no DJe de 19/11/2015, passou a adotar o entendimento de que a prolação de sentença de mérito tem como consequência lógico- jurídica a perda de objeto do recurso especial interposto contra decisão em antecipação de tutela, tenha sido ela deferida ou indeferida.*
>
> *2. No caso dos autos, houve prolação de sentença de mérito em mandado de segurança, o que, por si só, torna prejudicado o recurso especial interposto contra decisão que deferiu a liminar no mandamus.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento".* (STJ; AgRg no AREsp 311.214/CE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016).

Insta salientar que os agravantes não indicaram um valor específico que objetivavam atingir com o manejo deste recurso, limitando-se a pugnarem pela redução da verba em referência.

Portanto, como a decisão homologatória de valor a menor dos honorários do Administrador Judicial e da Auxiliar estabeleceu uma das situações jurídicas almejadas neste agravo (redução do valor dos honorários), tem-se configurada a perda superveniente do interesse recursal quanto ao ponto alterado posteriormente à interposição do presente agravo.

Em razão disso, o recurso não mais se afigura necessário ou útil ao fim proposto – redução dos honorários, fato já ocorrido a partir da decisão homologatória do valor acordado entre as partes (fato ocorrido após a interposição do presente agravo).

Entrementes, se não há a concordância dos agravantes com o valor homologado pela referida decisão posterior, exsurgiu para eles a oportunidade de discutir a nova decisão do juízo, pela via recursal cabível.

Em conclusão, revelada a superveniente falta de interesse de agir em relação ao pedido de redução dos honorários enfocados, deixo de conhecer deste ponto do recurso.

Litisconsórcio ativo

Alegam os agravantes ser descabida a formação de litisconsórcio ativo no caso sob análise, por não haver elementos indicativos de que as agravadas compõem o mesmo grupo econômico empresarial, e nem provas da confusão patrimonial e do estado de crise relativo a todas elas, além disso, não seria admissível o ajuizamento de uma única ação em razão da localização distinta de cada uma das empresas, prejudicando a defesa dos interesses dos credores, notadamente trabalhadores.

Consta dos autos que as agravadas – Produzir Agropecuária Ltda, Pinesso Agropastoril Ltda, Transportes Alto Ronuro Ltda, Produzir Participações S/A, Produzir Fazendas Ltda e Brasil Central Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda - diante das dificuldades financeiras experimentadas pelo nominado Grupo Pinesso, requereram sua recuperação judicial.

O juiz *a quo* decidiu o seguinte:

> *"De início convém esclarecer que a formulação de pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo é possível, desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único de recuperação.*
>
> *Sobre o tema, ensina Fábio Ulhoa Coelho: A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresarias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam,*

obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial" (Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresa, 7ª ed., 2010, Saraiva, p. 139).

Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *"Agravo de Instrumento. Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Possibilidade. Precedentes desta Câmara que reconheceram a possibilidade, em tese, de pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores. Pedido formulado por três sociedades empresarias distintas, detidas direta ou indiretamente por dois irmãos. Grupo econômico de fato configurado. Estabelecimento de uma das sociedades em cidade e estado diversos. Irrelevância no caso concreto, principalmente em razão desta empresa não possuir empregados. Ausência de credores trabalhistas fora da Comarca de Itatiba. Administrador judicial que demonstra a relação simbiótica das empresas. Pedido de litisconsórcio ativo que atende à finalidade última do instituto da recuperação judicial (superação da crise econômico-financeira das empresas). Decisão reformada. Agravo provido"*. (Agravo de Instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000, Rel. Pereira Calças, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 26.06.2012).

> *"Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Deferimento do processamento em relação às outras empresas componentes do mesmo grupo econômico. É aos credores que incumbe aprovar ou não o plano, como proposto ou com alterações, com exclusão ou inclusão da sociedade componente do mesmo grupo econômico que esteja em dia com suas obrigações financeiras, pois se o grupo econômico tem uma unidade de administração e constitui-se numa pequena "federação" de empresas, as quais se associam em torno da empresa coletiva assim formada, sua recuperação judicial pode estar subordinada à consideração unitária de suas componentes. Agravo desprovido"*. (Agravo de Instrumento nº 595.741-4/1-00, Rel. José Roberto Lino Machado, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 1º.04.2009).

Na espécie, dúvida não há de que as autoras integram o Grupo Pinesso.

Portanto, as circunstâncias dos autos indicam a possibilidade do litisconsórcio ativo entre as recuperandas, com a apresentação de um único plano de recuperação.

Como bem advertiu o magistrado de origem, a legislação que regulamenta a matéria (Lei nº 11.101, de 09/02/2005), não traz previsão expressa acerca da possibilidade de formação de litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial. Porém, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a formação do listisconsórcio quando a recuperação envolver um grupo econômico de fato ou de direito.

A propósito, preleciona Fábio Ulhoa Coelho:

> *"'A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial.*
>
> *Mas, para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes.*
>
> *(...)*
>
> *O litisconsórcio ativo em recuperações judiciais não está previsto na lei. Diante desta omissão legislativa, duas alternativas se abrem: considerá-lo inadmissível por falta*

> *de expressa permissão do legislador; ou admitir o litisconsórcio, identificando na omissão uma lacuna a ser suprida a partir do princípio fundamental regente do instituto. A maioria da jurisprudência tem-se inclinado pela segunda alternativa.*
>
> *É a solução correta.*
>
> *(...)*
>
> *Deste modo, prestigiando o princípio norteador da recuperação judicial (preservação da empresa) e atentando à indispensável flexibilidade que o instituto deve apresentar para cumprir seus objetivos, os Tribunais têm admitido o litisconsórcio ativo de empresas integrantes do mesmo grupo societário".* (Comentários à Lei de Falências e de recuperação empresas. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176-177).

Nesse sentido já se posicionou este Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *"EMENTA–AGRAVODEINSTRUMENTO–AÇÃODERECUPERAÇÃOJUDICIAL – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO – AFASTADA – MÉRITO – DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE LISTA DE CREDORES EM SEPARADO DE CADA EMPRESA DO LITISCONSÓRCIO ATIVO – HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL – MANTIDO PERCENTUAL DE 2,5% – INSURGÊNCIAS/DIVERGÊNCIAS QUANTO AO CRÉDITO DEVEM SER REALIZADAS ATRAVÉS DE INCIDENTES – POSSIBILIDADE DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL NA IMPRENSA OFICIAL – RECURSO NÃO CONHECIDO, POR PERDA DO OBJETO, NO QUE DIZ RESPEITO A IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DA PUBLICIDADE DE PROTESTOS E NEGATIVAÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RETRATAÇÃO PELO MAGISTRADO A QUO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO. A Lei n° 11.101/2005, em todo seu conteúdo, não faz nenhuma menção da possibilidade/impossibilidade de formação de litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial..."* (Agravo de Instrumento nº 1401605-64.2015.8.12.0000; Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; 5ª Câmara Cível; data do julgamento: 05/05/2015; data de registro: 06/05/2015).

Na exordial, as agravadas informam constituírem "*um grupo econômico de fato*." (f. 1363 – autos originais).

Compulsando os documentos carreados aos autos com a preambular, especialmente os contratos sociais de f. 265-386 (autos originais), vê-se que as sociedades empresariais, ora Agravadas, são constituídas basicamente pelos mesmos sócios e administradores, denotando, inclusive, a característica de um grupo familiar.

Inclusive a empresa Produzir Participações, criada sob o tipo societário de *holding,* foi instituída para centralizar as decisões e a administração das outras empresas do mesmo grupo empresarial familiar. Em seu estatuto social constou as seguintes informações:

> *"Do objeto.*
>
> *A Sociedade tem por objetivo principal a participação em outras sociedades mercantis, agrícolas, comerciais, industriais ou mesmo de serviços"* (f. 364).

Não bastasse isso, os objetos sociais das empresas são interligados e correlatos.

A empresa Pinesso Agropastoril tem por objeto social a exploração de atividades pastoris de apicultura, avicultura, suinocultura, bovinocultura, psicultura e de outros pequenos animais (f. 270 – autos originais). No mesmo sentido, a empresa Produzir Agropecuária tem por objeto o cultivo de soja,

algodão, milho, milheto, entre outras produções, criando e recriando bovinos, equinos, suínos, entre outros (f. 283 – autos originais). Além disso, atua na mesma área que a empresa Produzir Fazendas Ltda (f. 332 – autos originais).

De outro tanto, a empresa Transporte Alto Ronuro Ltda tem por objeto servir às atividades das outras empresas, com o transporte rodoviário das cargas (f. 348) e a empresa Brasil Central Máquinas, além de servir ao mercado em geral com o comércio varejista e atacadista de máquinas, implementos, equipamentos agrícolas, entre outros, operacionaliza as demais empresas do grupo, munindo-a com pesadas máquinas utilizadas na produção (f. 355).

Ante os elementos contidos nos autos e aqui destacados, tem-se que restaram demonstrados indícios verossímeis da existência de um grupo econômico de fato entre as empresas recorridas - Grupo Pinesso.

Ademais, apenas para que não passe sem registro, quanto ao argumento do agravante de que *"além das empresas em Recuperação Judicial (dentre as quais, saliente-se novamente, há empresas que não passam por dificuldade financeira), há outras empresas, tais como A. F. Pinesso & Filho, EJAP - Empreendimentos e Participações Ltda., PRP Empreendimentos e Participações Ltda.., que compõem, inclusive, o quadro societário de algumas empresas em Recuperação Judicial, mas não fazem parte da demanda, que têm elevado patrimônio*" (f. 34), como a questão não foi submetida à apreciação pelo juízo *a quo*, este Tribunal não pode enfrentá-la, sob pena de supressão de instância.

Por isso, não vislumbro a inviabilidade ou prejuízo da constituição do litisconsórcio ativo entre as agravadas, devendo, neste ponto, ser mantida a decisão recorrida.

Possibilidade de controle difuso e constitucionalidade dos §§ 3° e 4°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005

Em respeito ao princípio da devolutividade e para não incorrer em supressão de instância, a análise do presente recurso ficará circunscrita à verificação da constitucionalidade dos §§ 3° e 4°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, sem qualquer pronunciamento a respeito do crédito específico da parte recorrente, pois não houve, na decisão recorrida, a identificação dos créditos a serem submetidos à recuperação judicial das recorridas.

Feito este parêntese, tem-se que, *in casu,* o juiz singular reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos §§ 3° e 4°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, afirmando:

> *"(...) a Lei n.° 11.101 de 2005, lei de Falência e Recuperação de Empresas, agride, viola, descumpre de forma clara, cristalina, várias normas e princípios constitutionais, privilegiando o interesse de uma minoria, instituições financeiras, em detrimento da população em feral, ou seja, desrespeitando o interesse público*
>
> *(...)*
>
> *O Poder Judiciário não pode ficar alheio a concessão desse privilégio às instituições bancárias, em flagrante violação aos interesses sociais.*
>
> *(...)*
>
> *O legislador entende que as instituições financeiras (bancos) são os hipossuficientes, os mais necessitados, os mais pobres, e decidem excluí-los desse processo.*
>
> *(...)*
>
> *É óbvio que se os créditos das instituições financeiras não forem tratados igualmente como qualquer outro, inviabilizada estaria a recuperação econômica do devedor.*

Qual seria a chance dessa nova lei de recuperação do devedor insolvente obter êxito, caso entrasse em vigor? Quase nenhuma.

E caso estivesse previsto a exclusão dos créditos bancários dessa lei, deveria ser considerada inconstitucional, pelas mesmas razões que se deve considerar ilegal qualquer norma infraconstitucional que fere princípios constitucionais como os da igualdade e dignidade da pessoa humana.

(...)

Deve-se tratar, por conseguinte, todos os credores de forma igual, com isonomia.

Incluindo-se os créditos bancários no rol dos credores sujeitos a recuperação, gera a possibilidade clara de se conceder fôlego necessário para a empresa se recuperar, mantendo-se os empregos dos trabalhadores, dando continuidade ao recolhimento dos impostos e gerando benefícios a população em geral.

(...)

Nota-se claramente, da leitura dos comentários supra, que a Lei de falências deve obedecer os princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia de pleno emprego, suprimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas.

(...)

A exclusão dos créditos bancários do processo de recuperação empresarial também afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 3°, III, da Constituição Federal, pois não permite a manutenção dos empregos e salários, levando à situação de penúria inúmeras famílias.

(...)

Os parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, violam as normas constitucionais contidas no artigo 170, também do art. 3°, III, portanto, por obrigação legal, no exercício de minhas funções de Magistrado, não devo aplicar à presente ação, os parágrafos mencionados.

A Ordem Econômica, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal, funda-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca do pleno emprego.

A recuperação da empresa então passou a ser analisada não para buscar a efetividade dos interesses dos sócios, mas sim com o objetivo de se fazer prevalecer o interesse público, exposto no art. 170 da Constituição Federal.

Deve prevalecer, por conseguinte, a função social da empresa.

Os créditos das instituições financeiras são sempre os de maior valor.

É necessário, portanto, que se submetam também, à lei de recuperação de empresas, como determina o 'caput' do art. 49 da lei 11.101/2005, igualmente, como todos os demais credores, obedecendo-se o princípio constitucional da isonomia.

(...)

> *A não submissão dos créditos bancários à lei 11.101/2005, ao contrário do que determina o art. 170 da Constituição, causa o caos social.*
>
> *Assim, qualquer benefício concedido às instituições financeiras pela lei 11.101/2005, está em desacordo com o art. 170 da Constituição Federal, portanto, inconstitucional, e não será aplicado por este juízo.*
>
> *(...)*
>
> *A não inclusão dos créditos bancários na ação de recuperação judicial da empresa, inviabiliza o objetivo da lei e fere as normas constitucionais já mencionadas, principalmente, o art.170 da CF.*
>
> *Posto isso, com base nos fundamentos expostos e, diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em descordo com as normas e princípios constitucionais (artigos 170 e 1°, I da CF), principalmente os que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos parágrafos referidos, "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; bem como Adiantamento de Contrato de Câmbio', estão sujeitos à recuperação judicial".*

Certo é que o controle incidental ou concreto de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer órgão judicial no curso do processo, por provocação ou de ofício pelo juiz, como ocorreu *in casu.*

Nessa hipótese, a questão da inconstitucionalidade não será o objeto principal da ação, mas apenas matéria jurídica antecedente à resolução do mérito da causa. Em virtude disso, tal controle de constitucionalidade somente terá validade para o caso concreto, ensejando reflexos somente entre as partes.

Nestes termos, preleciona José Afonso da Silva:

> *"Métodos de controle de constitucionalidade. A justiça constitucional brasileira evoluiu, pois, para um sistema misto de método difuso e método concentrado, com clara tendência à ampliação deste último*
>
> *(...)*
>
> *O método difuso tem seu fundamento no art. 102, III, da CF, segundo o qual compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Daí decorre que qualquer juízo ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade"* (Comentário Contextual à Constituição. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 538).

Sobre o assunto também invoco a doutrina de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

> *"É fácil notar, pois, que, no controle difuso, quando o autor da ação procura a tutela do Poder Judiciário, sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei em si. Seu objetivo é a tutela de um determinado direito concreto, que esteja sofrendo*

lesão ou ameaça de lesão por alguém (a outra parte na ação). A constitucionalidade só é apreciada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei, e essa é inquinada de inconstitucional pela parte que pretende vê-la afastada.

Então, sendo arguida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação judica concreta qualquer.

Pela mesma razão, tal controle é também denominado: incidental, incidenter tantum, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto. Todas essas designações remetem ao fato de que, no controle difuso, a controvérsia sobre a constitucionalidade representa uma questão acessória (um incidente) a decidir, surgida no curso de uma demanda judicial que tem como objeto principal o reconhecimento ou a proteção de um direito alegado em um caso concreto.

(...)

Os juízes de primeiro grau, os diversos tribunais do País, todos têm aptidão para decidir, no âmbito de sua competência, sobre a constitucionalidade das leis no controle difuso" (Direito Constitucional Descomplicado. São Paulo: Método, 2011.p. 801).

O controle de constitucionalidade difuso não exige o aprofundamento na questão fática, mas, tão somente, que seja realizado no bojo de um caso concreto submetido à apreciação jurisdicional. O órgão do Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade da norma relacionada ao direito objeto da lide, deixará de aplicá-la ao caso concreto.

A questão constitucional apresenta-se como um antecedente necessário e indispensável ao posterior enfrentamento do mérito, oportunidade em que o juiz realmente fará a incursão nas razões e nas alegações expendidas no caso concreto, o que se mostra precoce neste momento processual.

Dito isso, no caso sob análise, como a questão da constitucionalidade do art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/01/05, foi decidida pelo Juiz de Primeira Instância, e devolvida à apreciação desta Corte, resta analisar, evidentemente, a compatibilidade da referida norma com a Constituição Federal, especialmente com referência à suposta afronta ao seu artigo 170, *in verbis:*

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

> *VIII - busca do pleno emprego;*
>
> *IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*
>
> *Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".*

A norma constitucional destacada apresenta os princípios garantidores da ordem econômica nacional. O texto constitucional buscou harmonizar a livre iniciativa ("*liberdade individual de produzir bens e riquezas, fazê-los circular e distribuí-los*"[1]) com a concretização da justiça social, com especial atenção à valorização do trabalho humano, assegurando a todos uma existência digna.

A propósito, merece atenção o parágrafo único, do art. 170, da Constituição Federal, ao fazer alusão ao princípio da livre iniciativa econômica privada, assegurando a todos *"o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".*

Com foco nesta temática, observou José Afonso da Silva:

> *"(...) a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios) não pode significar mais do que "liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo"* (Curso de Direito Constitucional positivo, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 794).

A Lei nº 11.101, de 09/02/2005, foi concebida já com vistas a prestigiar a classe empresarial, reconhecendo a função da propriedade e a função social da empresa, estabelecendo que "*a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*." (art. 47, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005).

Sob este enfoque, segue trecho da doutrina de Luiz Guerra:

> *"O Estado, por força de sua reestruturação advinda com a Constituição Federal, de 1988, passou a desenvolver o papel de fomentador de políticas públicas de incentivo à produção e circulação de bens e serviços, de credito, de investimentos, de parcerias e associações empresariais. É nesse sentido que acreditamos que a Lei de Recuperações Judiciais tenha sido concebida, porque finalmente foi reconhecida a importância e a função social que a empresa exerce na economia nacional"* (Falências & Recuperações Judiciais de Empresas – Crise Econômico-Financeira. Volume 2. Editora Guerra, Brasília, 2011. p. 46).

Nesse contexto, faz-se mister enfrentar eventuais questões jurídicas que surgem na recuperação das empresas tendo em vista sua função social e a dimensão dos problemas socieconômicos decorrentes da paralisação de sua atividade, bem como o impacto que o fim de uma empresa pode gerar aos empregados, aos fornecedores, aos credores e à sociedade em geral.

De se ver que a recuperação judicial é o instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego

1 Nathalia Masson. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Editora Jus Podivm. Salvador-BA, 2015. p. 1236-1237.

e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral. (LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência; coordenação de Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 104/105).

Por sua vez, a mesma Lei que instituiu o sistema de recuperação judicial, elenca, em caráter de exceção, os créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial: credores fiscais, proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou de irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, proprietário em contrato de venda com reserva de domínio e os titulares de importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio e exportação.

E é justamente aqui que reside a *vexata quaestio*, pois o magistrado *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade incidental do art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, o qual dispõe sobre algumas dessas ressalvas:

> *"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6° desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.*
>
> *§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86[2] desta Lei".*

Ambos os parágrafos exemplificam as classificações creditórias isentas dos efeitos da recuperação. Essa ressalva legal, sem qualquer ofensa ao art. 170, da Constituição Federal, tem por escopo tratar diferentemente, na medida de suas desigualdades, interessados cujos créditos possuem qualidade diversa, por conta de sua natureza econômico-financeira e fomentadora da atividade empresarial.

Lembrando que a noção do princípio constitucional da igualdade encontra na máxima de Aristóteles, disseminada por Ruy Barbosa, a sua razão de ser "*a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade."* (Constituição Federal Anotada. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100).

2 Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:
(...)
II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

Nesta trilha, trago à colação doutrina de Jean Carlos Fernandes:

> *"**A inspiração do legislador para a exclusão de tais credores específicos do âmbito da recuperação judicial decorreu do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que tutela, como princípios da ordem econômica,** o direito de propriedade e a sua função social, além, é claro, da redução dos spreads, resultando na diminuição dos juros e fomento do crédito"* (Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito – A posição do Credor Fiduciário na Recuperação Judicial da Empresa. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2009. p 193). (Grifamos).

Então, credores que ostentam as condições legais descritas nas normas em evidência, por força do necessário tratamento desigual, não serão equiparados aos demais possuidores de crédito junto à empresa em recuperação judicial.

Além do que, a norma cuja constitucionalidade fora questionada visa assegurar a natureza jurídica do crédito e de sua garantia, até porque, nos negócios previstos no § 3°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, os respectivos credores são proprietários do bem dado em garantia, sendo que a não exclusão destes créditos do sistema de recuperação poderia enfraquecer tal garantia, expondo a risco um negócio que gera muitos benefícios econômicos às empresas.

Com efeito, a submissão dos créditos elencados no § 3°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, ao procedimento de recuperação judicial, importaria situação injusta, porque o credor, entregando ao devedor o uso ou a exploração de bens de sua propriedade, para o fomento da atividade empresarial, diante de uma situação de crise econômico-financeira da empresa, com a consequente inadimplência, seria desprestigiado caso a recuperanda continuasse a usar livremente a coisa sem lhe pagar.

É verdade que é preciso tentar manter em atividade a empresa submetida à recuperação judicial (art. 47, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005), mas tal preservação não pode se dar a qualquer custo, de modo a intentar contra a saúde financeira dos seus credores, que ficarão desmotivados a praticarem atividades de fomento às empresas, quando o ideal seria incentivá-los a injetarem recursos nas empresas, impulsionando o desenvolvimento da política econômica do país.

Fabio Ulhoa Coelho, em comentário ao art. 49, §§ 3°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, sublinha que:

> *"A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. **Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menos risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto**. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito"* (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 11.ª ed. São Paulo: 2016. p. 192-193). (Grifamos).

Em verdade, se por um lado § 3°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, coloca as instituições financeiras em uma posição privilegiada em relação aos demais credores, além de dificultar a recuperação judicial da empresa, por outro lado, o fato de se exigir a garantia fiduciária facilita para as empresas o acesso aos financiamentos com menor taxa de juros, beneficiando a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional.

Por sua vez, no tocante ao § 4°, do art. 49, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, tem-se que o objetivo do adiantamento de contrato de câmbio à exportação é imprimir suporte financeiro à atividade empresarial

destinada à produção para o mercado internacional, com adiantamento de valor correspondente ao preço das mercadorias ou serviços, mediante a compra de moeda estrangeira a termo, com liquidação posterior da operação pelo exportador (Luiz Guerra. Ob. Cit. p. 157).

Observe-se que a instituição financeira adianta o valor referente à exportação de mercadorias ou serviços e, no prazo legal, o exportador liquidará a operação, pagando ao Banco/credor. Por certo, a quantia ou importância objeto do adiantamento de contrato de câmbio é de terceiro (instituição financeira), e não se submeterá, à toda evidência, à recuperação judicial.

Atente-se para o fato de que tal crédito foi excluído da recuperação justamente porque o valor a ser recebido pelos credores não pertence à empresa, razão pela qual não deve ser utilizado para o seu restabelecimento na recuperação judicial.

Então, como bem enfatizou Fábio Ulhoa Coelho "*os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação de ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico*" (Ob. cit. p. 186).

Como dito alhures, a previsão legal vista pelo juiz *a quo* como um sistema protecionista das instituições financeiras, na verdade se constitui como um mecanismo legal para viabilizar o crescimento das empresas e, por consequência, o desenvolvimento da economia do país através de uma política creditícia devidamente elaborada para esse fim.

Aliás, a respeito do tema, a interpretação jurisprudencial que tem prevalecido é no sentido de que o art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, ao contrário de violar o princípio da preservação da empresa, possibilitará a aplicação de juros menores sobre o montante devido, resguardando o capital de giro da empresa em recuperação judicial.

Nessa esteira, seguem julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. CREDOR PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BEM MÓVEL. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. SUMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. Controvérsia no bojo de ação de busca e apreensão movida contra a recorrente cujo objeto é o veículo empilhadeira à combustão GLP 050VX, em razão do descumprimento de Contrato de Abertura de Crédito Fixo com Garantia de Alienação Fiduciária.*
>
> *2.* ***O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, é o de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, dada a própria natureza da alienação fiduciária, cujo domínio resolúvel da coisa não pertence ao devedor, mas ao credor. Incidência da Súmula 83/STJ.***
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento*." (AgRg no REsp 1543873/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015). *(Grifamos).*
>
> *"CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE CESSÃO FIDUCIÁRIA. NÃO*

SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO DOS CONTRATOS PERANTE O CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N 211 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Precedentes desta Corte.

2. A tese levantada no agravo regimental acerca da ausência de registro perante o cartório de títulos e documentos, e a consequente violação dos arts. 1.361, § 1º do Código Civil e 66-B da Lei 4.728/65, não foi debatida pela Corte estadual, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial.

Inafastável a incidência dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1482441/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. COTEJO INEXISTENTE. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS E CRÉDITOS DECORRENTES DE ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO NÃO SE SUJEITAM AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. Não demonstrada a divergência pretoriana conforme preconizado nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, deixa-se de conhecer o recurso especial.

2. ***A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.***

3. ***Conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 49, § 4º, da Lei n.º 11.101/05, estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.***

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO". (AgRg no REsp 1306924/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 28/08/2014). (Grifamos).

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE AÇÚCAR PARA EXPORTAÇÃO. GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE IMÓVEIS RURAIS. EXECUÇÃO. CRÉDITO EXCLUÍDO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/2005.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária.

2. Hipótese em que os imóveis rurais sobre os quais recai a garantia não são utilizados como sede da unidade produtiva, não se tratando de bens de capital

imprescindíveis à atividade empresarial das devedoras em recuperação judicial, tanto que destinados à venda no plano de recuperação aprovado.

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo para prosseguimento da execução". (CC 131.656/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08/10/2014, DJe 20/10/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRÉDITO ORIUNDO DE ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05 estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, tem preferência sobre os demais, não sendo novado, nem sofrendo rateio. Todavia, para obter sua devolução, cabe ao credor efetuar o pedido de restituição, conforme previsto no art. 86, II, da mesma norma, ao qual faz referência o mencionado art. 49.

2. Cabe ao Juízo da recuperação judicial apurar, mediante pedido de restituição formulado pela instituição financeira, se o crédito reclamado é extraconcursal e, portanto, excepcionado dos efeitos da recuperação, sendo certo que o conflito de competência não é a via própria para essa discussão. Precedente.

3. A fim de impedir que as execuções individualmente manejadas possam inviabilizar a recuperação judicial das empresas, tem-se por imprescindível a suspensão daquelas, cabendo aos credores procurar no juízo universal a satisfação de seus créditos.

4. O deferimento da recuperação judicial acarreta para o Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa aos credores conforme as regras da Lei nº 11.101/05.

5. Agravo regimental não provido". (AgRg no CC 113.228/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/12/2011, DJe 01/02/2012).

No mesmo diapasão, colhem-se julgados deste Tribunal de Justiça:

"EMENTA- AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES - CRÉDITOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO ESTÃO SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO. Os créditos garantidos por alienação fiduciária não estão sujeitos à recuperação judicial, de modo que, durante o período desuspensãoa que se refere o § 4º do art. 6oda Lei nº 11.101/05, os titulares desses créditos somente estão obstados de proceder a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a atividade empresarial. Exegese do art. 49, § 3.º da Lei n.º 11.101/2005. Recurso conhecido e provido." (Agravo de Instrumento - Nº 4010132-87.2013.8.12.0000; Relator(a): Des. Vilson Bertelli; 2ª Câmara Cível; data do julgamento: 26/11/2013; data de registro: 04/12/2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL – OBSERVÂNCIA DO ART. 24, § 1º, DA LEI N. 11.101/05 – REDUÇÃO – NÃO CABIMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

A norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se reveste de inconstitucionalidade, haja vista que editada dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelos princípios da ordem econômica e não ofende o princípio da isonômia. Não obstante isso, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito do diploma legal, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda e a viabilidade da continuidade da atividade econômica, em prol da consecução de sua função social, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito.

Os créditos decorrentes de Cédulas de Crédito Bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial.

De acordo com o art. 24, caput, da Lei 11.101/05, ao fixar a remuneração do administrador judicial, o magistrado deve levar em consideração a capacidade do pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho desenvolvido, assim como os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, não podendo exceder 5% do valor devido aos credores, conforme disposto no § 1º da mencionada lei. Sendo a remuneração dos auxiliares do juízo fixada em observância aos parâmetros estabelecidos em lei, com razoabilidade e proporcionalidade, impõe-se a sua manutenção". (Agravo de Instrumento - Nº 1409629-81.2015.8.12.0000; Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2015; Data de registro: 24/11/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 49 DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI N. 11.101/2005) – ARGUIÇÃO DE DECISÃO EXTRA PETITA – ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA AGRAVADA NÃO FORMULOU PEDIDO NESTE SENTIDO JUNTO AO JUÍZO A QUO – PRETENSÃO AFASTADA – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – MEIO DE GARANTIR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DO STJ – MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO AO CASO CONCRETO – EXCLUSÃO DE DETERMINADOS CRÉDITOS DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (FIDUCIÁRIO, LEASING, ETC) QUE OBJETIVA VIABILIZAR QUE CONDIÇÕES MAIS ATRATIVAS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO SEJAM OFERECIDAS AOS EMPRESÁRIOS – NORMA QUE VISA FOMENTAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL – PROVIDÊNCIA ADOTADA NO JUÍZO A QUO COM O CONDÃO DE SUBVERTER A ORDEM ECONÔMICA – NECESSIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO APENAS QUANDO O BEM DE CAPITAL OBJETO DO LITÍGIO FOR ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, SITUAÇÃO ESTA QUE DEVE SER EFETIVAMENTE COMPROVADA, CONFORME PREVISÃO LEGAL – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA EMPRESA, PREVISTO NO ART. 47 DA REFERIDA LEI, DEVE SER OBJETO DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS DEMAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA – RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI 11.101/2005 AO CASO CONCRETO – RECURSO PROVIDO.

I – Ainda que a parte não tenha apresentado junto ao juízo a quo pedido expresso para que fosse apreciada a constitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, nada impede que o magistrado, em análise do caso concreto, realize tal declaração de ofício, o que faz através de controle difuso de constitucionalidade, mostrando-se esta

medida uma forma de assegurar a supremacia da Constituição Federal, estando seus efeitos restritos às partes do processo.

II – Deve ser restabelecida a aplicabilidade do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 ao caso concreto, que exclui dos efeitos da recuperação judicial determinados créditos (fiduciário, leasing etc). Isto porque tal previsão legal, ao contrário da compreensão externada no juízo a quo, não visa proteger as instituições financeiras, mas sim viabilizar que estas concedam aos empresários crédito em condições mais atrativas, de modo a fomentar a atividade empresarial. A providência adotada pelo juízo a quo tem o condão de subverter a ordem econômica e gerar insegurança jurídica no mercado, o que pode prejudicar a coletividade, ao abrir perigoso precedente. Ainda que o art. 47 da referida Lei preveja o princípio da proteção da empresa, tal norma deve ser interpretada de forma sistemática com as demais previsões legais sobre a matéria. Neste aspecto, afigura-se mais adequada a manutenção do referido privilégio, reservando sua inaplicabilidade tão somente para os casos em que o bem de capital objeto de litígio for essencial para o exercício da atividade empresarial, nos termos da lei." (Agravo de Instrumento - Nº 1408280-43.2015.8.12.0000; Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; 5ª Câmara Cível; data do julgamento: 01/12/2015; data de registro: 10/12/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DA ORDEM DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – BENS ESSENCIAIS À ATIVIDADE EMPRESARIAL – CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COM ORDEM DE PERMANÊNCIA DOS BENS SOB A POSSE DA EMPRESA.

01. Compete ao juízo universal apreciar e suspender atos que poderão interferir na preservação da atividade empresarial.

02. Os créditos garantidos por alienação fiduciária não estão sujeitos à recuperação judicial, de modo que, durante o período de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da Lei nº 11.101/05, os titulares desses créditos somente estão obstados de proceder a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à atividade empresarial. Exegese do art. 49, § 3º da Lei n.º 11.101/2005.

03. É possível o cumprimento do mandado de busca e apreensão, com ordem de permanência dos bens sob a posse da empresa em recuperação judicial.

Recurso conhecido e parcialmente provido". (Agravo de Instrumento nº 1409775-25.2015.8.12.0000; Relator(a): Juiz Geraldo de Almeida Santiago; 2ª Câmara Cível; data do julgamento: 13/10/2015; data de registro: 13/10/2015).

Em conclusão, deve ser reformada a decisão no ponto em que reconheceu a inconstitucionalidade dos §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, cujos dispositivos não padecem da alegada inconstitucionalidade.

"Travas bancárias"

Na concepção do juiz singular "*qualquer retenção de valores das contas das empresas recuperandas inviabilizará o processo de recuperação e, com isso, ocasionará a prejudicialidade dos demais credores, do próprio espírito da Lei de Recuperações, com a função social e a manutenção de mais de 700 empregos (...) Estando os créditos das instituições financeiras sujeitos a recuperação judicial, conforme declarado na presente decisão, evidentemente, não há razão para a manutenção das 'travas bancárias'*" (f. 1561-1566 – autos originais).

No caso enfocado, estamos diante de uma decisão que suspendeu as "travas bancárias" em relação aos créditos recebíveis, objeto de cessão fiduciária de direito de crédito.

Lembrando que por recebíveis futuros entende-se o faturamento decorrente da produção financiada pela Instituição Financeira, de modo que o empréstimo pactuado é quitado através dos pagamentos feitos à empresa recuperanda por seus parceiros, créditos estes que ficam "travados", ou seja, não podem ser utilizados pela empresa para o seu fluxo de caixa, passando diretamente ao Banco[3].

Portanto, para responder ao questionamento acerca da manutenção das "travas bancárias", é preciso analisar se tais créditos se submetem ao regime da recuperação judicial.

Estabelece o art. 83, inc. III, do Código Civil:

> *"Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:*
>
> *(...)*
>
> *III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações".*

Por sua vez, nos termos do art. 1.361, do Código Civil, "*considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia transfere ao credor*".

Em que pese o Código Civil tenha restringido a possibilidade de constituição da propriedade fiduciária àqueles bens móveis infungíveis, o § 3º, do artigo 66-B, da Lei nº 4.728, de 14/07/65, com a redação conferida pela Lei nº 10.931, de 02/08/04, estendeu a propriedade fiduciária também para os bens móveis fungíveis e estabeleceu a circunstância de ela ter por objeto títulos de crédito.

> *"Art. 66-B. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º* ***É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito,*** *hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada". (Grifamos).*

Infere-se deste dispositivo legal, portanto, restar permitida a alienação fiduciária de coisa fungível e da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

Então, conforme já fundamentado quando da análise da constitucionalidade do § 3.º, do artigo 49, da Lei n° 11.101, de 09/02/2005, devem ser afastados, de plano, da recuperação judicial, os créditos dos proprietários fiduciários de bens móveis, aí incluídos a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, mantendo-se, com isso, as "travas bancárias" em prol dos credores.

A propósito, já julgou o Superior Tribunal de Justiça:

3 http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI158429,71043-A+problematizacao+da+trava+bancaria+na+recuperacao+judicial

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO. CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CREDITÍCIOS. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. PRETENSÃO DE SUBMETER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis.

Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial".

2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1 A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado 'inclusive contra o próprio cedente'; o direito de 'receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente', a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, "para valer contra terceiros", ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada. De se notar que o credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios (excluído dos efeitos da recuperação judicial, segundo o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005) não opõe essa garantia real aos credores da recuperanda, mas sim aos devedores da recuperanda, o que robustece a compreensão de que a garantia sob comento não diz respeito à recuperação judicial. Assentado que está que o direito creditício sobre o qual recai a propriedade fiduciária é de titularidade (resolúvel) do banco fiduciário, este bem, a partir da cessão, não compõe o patrimônio da devedora fiduciante - a recuperanda, sendo, pois, inacessível aos seus demais credores e, por conseguinte, sem qualquer repercussão na esfera jurídica destes.

Não se antevê, por conseguinte, qualquer frustração dos demais credores da recuperanda que, sobre o bem dado em garantia (fora dos efeitos da recuperação judicial), não guardam legítima expectativa.

4. Mesmo sob o enfoque sustentado pelas recorrentes, ad argumentandum, caso se pudesse entender que a constituição da cessão fiduciária de direitos creditícios tenha ocorrido apenas com o registro e, portanto, após o pedido recuperacional, o respectivo crédito, também desse modo, afastar-se-ia da hipótese de incidência prevista no caput do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, in verbis: " Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos".

5. Recurso especial provido, para restabelecer a decisão de primeiro grau que acolheu a impugnação apresentada pelo Banco recorrente, para excluir dos efeitos da recuperação judicial seu crédito, garantido pela cessão fiduciária". (REsp 1412529/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016).

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA".

1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

2. Recurso especial não provido". (REsp 1202918/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013).

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965.

> *1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.*
>
> *2. Recurso especial provido".* (REsp 1263500/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013).

Portanto, os contratos bancários garantidos por cessão fiduciária de direitos creditórios se amoldam ao disposto no art. 49, § 3.º, da Lei n° 11.101, de 09/02/2005, devendo ser reformada a decisão no ponto em que suspendeu as "travas bancárias".

Competência para a execução de garantia consistente em safras/colheitas futuras.

Alega o agravante que o Juízo da Comarca de Campo Grande é incompetente para o processamento da recuperação em relação a safras futuras, à medida em que tal posição contraria todas as previsões normativas sobre o tema, inclusive o entendimento consolidado na Súmula n. 480, do Superior Tribunal de Justiça.

A decisão recorrida restou assim lançada:

> *"Das safras futuras*
>
> *Pleiteiam as recuperandas, ainda, a proteção das safras/colheitas nos anos de 2015/2016, tendo que vista que usualmente as safras são objeto de garantia nos contratos de financiamento rural.*
>
> *Afirmam que, se os credores executarem tal garantia, não será possível a geração de caixa necessária ao plantio da próxima safra, colocando-se em risco a própria existência do negócio.*
>
> *Requerem, por fim, a declaração de que este juízo é o competente para atos relacionados à excussão de garantia consistente em safras/colheitas das recuperandas.*
>
> *Dentre o patrimônio das recuperandas, incluem-se as safras/colheitas. Usualmente, essas safras são objeto de garantia em contratos de financiamento rural.*
>
> *Por certo, caso o credor pretenda executar tal garantia, competente será o juízo em que se processo a recuperação judicial.*
>
> *Assim, qualquer pedido referente à excussão de garantia consistente em safras/colheitas das recuperandas deverá ser dirigido a este Juízo".*

Cediço que a natureza concursal da recuperação judicial e da falência determina a instituição de um juízo capaz de atrair todas as demandas incidentes sobre o patrimônio ativo do agente econômico devedor. É um juízo de convergência e, ao mesmo tempo, um juízo de irradiação (Waldo Fazzio Júnior *apud* Carvalho de Mendonça. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 54).

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento assente no sentido de que "*respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o juízo universal para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais*" (CC 110.941/SP, Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, minha relatoria, DJe de 01.10.10).

No caso sob apreciação, foi reconhecida a constitucionalidade dos §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, implicando conclusão de que o crédito fiduciário e o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não se sujeitam ao plano de recuperação judicial.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da existência do juízo universal quando deferida a recuperação judicial.

Nesta esteira, quaisquer atos expropriatórios, provenientes ou não de créditos sujeitos ao procedimento da recuperação, se impactarem o cumprimento do plano de recuperação judicial, deverão ser decididos pelo Juízo da Recuperação Judicial.

Aliás, nesse ponto, insta invocar trecho extraído da ementa do AgRg no CC 113861, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

> *"Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, é cabível o pedido de restituição baseado no adiantamento de contrato de câmbio, pois os valores dele decorrentes não integram o patrimônio da massa falida ou da empresa concordatária (art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 - Lei do Mercado de Capitais). Porém, isso não significa, entretanto, que as execuções possam prosseguir em outro juízo que não o da recuperação judicial, pois cabe a este apurar, mediante pedido de restituição formulado pela instituição financeira, se o crédito reclamado é extraconcursal e, portanto, excepcionado dos efeitos da falência, sendo certo que o conflito de competência não é a seara adequada à indigitada discussão, que depende de dilação probatória.*
>
> *2. Assim, a fim de impedir que as execuções individualmente manejadas possam inviabilizar a recuperação judicial das empresas, tem-se por imprescindível as suspensões daquelas, devendo os credores procurar no juízo universal a satisfação de seus créditos.*
>
> *3. O deferimento da recuperação judicial acarreta ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar".*

Portanto, mesmo para os credores extraconcursais, por cautela, a jurisprudência tem procurado minimizar atos que afetem o soerguimento da empresa. Por isso, seja qual for o crédito, os atos de execução devem antes passar pelo crivo do juízo recuperacional.

Por oportuno, trago à colação vários julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em exame:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ALEGAÇÃO DE QUE NO PLANO DE CREDORES HOUVE A INCLUSÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FIDUCIÁRIO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO RECUPERACIONAL PARA APRECIAR E DECIDIR SOBRE A NATUREZA DO CRÉDITO NO PROCESSO DE SOERGUIMENTO - DISCUSSÃO QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DESTE INCIDENTE PROCESSUAL - MATÉRIA PENDENTE DE APRECIAÇÃO, EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, PERANTE A CORTE ESTADUAL. INCONFORMISMO DO SUSCITANTE.*
>
> *1. Nos termos da disposição normativa contida no art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial.*
>
> *2. Compete ao juízo da recuperação decidir se o crédito constituído anteriormente ao processo de soerguimento possui ou não natureza concursal e, também, concluir pela possibilidade de se postergar a execução da garantia, ante o princípio da preservação da empresa.*
>
> *Precedentes da Segunda Seção.*
>
> *3. O conflito, enquanto incidente processual, cinge-se tão-somente em fixar a competência do juízo da recuperação judicial em detrimento daquele que tramitou*

execuções individuais ajuizadas anteriormente ao deferimento do pedido de soerguimento, mormente se, como ocorre no caso, a matéria está sendo debatida, em grau de recurso, pela instância ordinária.

4. Agravo regimental desprovido". (AgRg no CC 122.293/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 25/05/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. HOMOLOGAÇÃO. NULIDADE. CRÉDITO. ADIANTAMENTO DE CÂMBIO. ARTIGO 49, § 4º e 86, II, DA LEI 11.101/05. INTERESSE. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 284-STF. NÃO PROVIMENTO.

1. O art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05, estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, tem preferência sobre os demais, não sendo novado, nem sofrendo rateio. Para obter sua devolução, cabe, todavia, ao credor efetuar o pedido de restituição, conforme previsto no art. 86, II, da mesma norma, ao qual faz referência o mencionado art. 49.

2. Não tem interesse, em princípio, a instituição financeira credora de contrato de adiantamento de câmbio em demandar pela nulidade da decisão que homologa o plano de recuperação judicial se a ele não se submete. Incidência do enunciado n. 284, da Súmula do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 1197871/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRÉDITO ORIUNDO DE ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05 estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, ou seja, tem preferência sobre os demais, não sendo novado, nem sofrendo rateio. Todavia, para obter sua devolução, cabe ao credor efetuar o pedido de restituição, conforme previsto no art. 86, II, da mesma norma, ao qual faz referência o mencionado art. 49.

2. Cabe ao Juízo da recuperação judicial apurar, mediante pedido de restituição formulado pela instituição financeira, se o crédito reclamado é extraconcursal e, portanto, excepcionado dos efeitos da recuperação, sendo certo que o conflito de competência não é a via própria para essa discussão. Precedente.

3. A fim de impedir que as execuções individualmente manejadas possam inviabilizar a recuperação judicial das empresas, tem-se por imprescindível a suspensão daquelas, cabendo aos credores procurar no juízo universal a satisfação de seus créditos.

4. O deferimento da recuperação judicial acarreta para o Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa aos credores conforme as regras da Lei nº 11.101/05.

5. Agravo regimental não provido". (AgRg no CC 113.228/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/12/2011, DJe 01/02/2012).

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/05). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO. CRÉDITO APURADO. HABILITAÇÃO. ALIENAÇÃO DE ATIVOS

E PAGAMENTOS DE CREDORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. Com a edição da Lei n. 11.101/05, respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o respectivo Juízo para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, inclusive trabalhistas, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor.

2. Após a apuração do montante devido, processar-se-á no juízo da recuperação judicial a correspondente habilitação, sob pena de violação dos princípios da indivisibilidade e da universalidade, além de desobediência ao comando prescrito no art. 47 da Lei n. 11.101/05.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (RJ)". (CC 90.160/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 05/06/2009).

"RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO UNIVERSAL. DEMANDAS TRABALHISTAS. PROSSEGUIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Há de prevalecer, na recuperação judicial, a universalidade, sob pena de frustração do plano aprovado pela assembléia de credores, ainda que o crédito seja trabalhista.

2 - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – SP". (CC 90.504/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 25/06/2008, DJe 01/07/2008).

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A - VASP. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS. NECESSIDADE.

1. O conflito de competência não pode ser estendido de modo a alcançar juízos perante os quais este não foi instaurado.

2. Aprovado o plano de recuperação judicial, os créditos serão satisfeitos de acordo com as condições ali estipuladas. Nesse contexto, mostra-se incabível o prosseguimento das execuções individuais. Precedente.

3. Conflito parcialmente conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo – SP". (CC 88.661/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 28/05/2008, DJe 03/06/2008).

E nem se diga que, na hipótese, aplicar-se-ia a Súmula 480, do Superior Tribunal de Justiça: "*o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa*".

Vale anotar que "bens não abrangidos pelo plano" não significa "créditos" não abrangidos pelo plano de recuperação judicial.

Na verdade, atento aos precedentes que acompanham a referida Súmula 480 (AgRg nos EDcl no CC 105666/RJ 2009/0110923-8; AgRg no CC 99583/RJ 2008/0234949-4; AgRg no CC 103507/RJ

2009/0039095-7; AgRg no CC 113280/MT; AgRg no CC 114993/RJ 2010/0213284-5; CC 103437/SP 2009/0038254-0; CC 103711/RJ 2009/0039827-0; CC 115272/SP 2010/0226769-1; EDcl no CC 103732/RJ 2009/0039894-0), conclui-se que ela se refere aos bens dos sócios ou de empresas do mesmo grupo econômico das recuperandas que não estejam no plano de recuperação judicial e não aos acima mencionados créditos não abarcados pelo plano de recuperação judicial.

Diante desses argumentos, tem-se que deve ser mantida a decisão no ponto em que determinou que *"qualquer pedido referente à excussão de garantia consistente em safras/colheitas das recuperandas deverá ser dirigido a este Juízo*." (f. 1567 – autos originais).

Diante do exposto, conheço, em parte, o agravo de instrumento interposto pelo Rabobank Internacional Brasil S/A e, nesta extensão, dou-lhe parcial provimento, para o fim de afastar a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 49, §§ 3° e 4°, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, mantendo-se, ainda, as "travas bancárias".

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Juiz Jairo Roberto de Quadros e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1404733-92.2015.8.12.0000
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – REQUERIMENTO DE REMOÇÃO PARA LOCAL EM QUE SE ENCONTRA LOTADO SEU CÔNJUGE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C Art. 37 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Consoante garantia das Constituições Federal e Estadual, o servidor tem o direito de ser removido para a localidade em que sua esposa, servidora pública, foi designada de ofício no interesse da administração, uma vez que a unidade familiar se sobrepõe ao interesse de conveniência e oportunidade que norteia os atos da administração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, com o parecer, conceder a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de março de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Lucas Bruno Chaves impetra o presente mandado de segurança com pedido liminar contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - Detran/MS.

Afirma que se inscreveu no concurso de provas e títulos para ingresso no quadro permanente de pessoal do Detran/MS e obteve aprovação para o cargo de assistente de vistoria e identificação veicular com atuação na Agência de Trânsito de Camapuã/MS, sendo que essa localidade foi escolhida, pois nela já morava a então namorada Ana Célia Crispim de Araújo, com quem contraiu matrimônio em 18/07/2014.

Noticia o impetrante que sua esposa tomou posse e entrou em exercício no cargo de técnico administrativo do Ministério Público Estadual, em 13/03/2014, com atribuições no Município e Comarca de Camapuã/MS.

Alega que, *"para a surpresa e perplexidade do impetrante, sua esposa foi removida, de ofício, no interesse da instituição/administração, para a Comarca de Campo Grande/MS, em 22/10/2014"*, passando a atuar efetivamente a partir de 07/01/2015 suas funções no Departamento de Engenharia na Procuradoria Geral de Justiça, em Campo Grande/MS.

Informa que o impetrante tomou posse no Departamento de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul, agência de Camapuã, em 30/03/2015, mas ainda não entrou em exercício ante à dificuldade financeira de deslocar-se para aquela cidade, ao que pediu prorrogação por mais 30 dias.

Aduz que requereu sua remoção administrativamente para Campo Grande, a fim de acompanhar sua esposa, estando amparado seu pedido na Constituição Federal, na Constituição Estadual e na Lei n.º 8.112, de 11/12/1990. Porém, o pedido foi negado.

Diante disso, alegando possuir direito líquido e certo, pugna, liminarmente, sua remoção da Agência de Trânsito de Camapuã para Campo Grande, no cargo de assistente de vistoria e identificação veicular e, ao final, seja confirmada a segurança em definitivo. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da gratuidade processual.

A liminar foi deferida às f. 167-169, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora.

As informações foram juntadas às f. 179-185.

A decisão que deferiu a liminar foi atacada pelo Estado de Mato Grosso do Sul por meio de agravo regimental, no entanto, foi negado provimento a tal recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça pugna pela concessão da segurança.

VOTO (EM 03.02.2016)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A liminar deve ser ratificada e a segurança concedida.

Destaca-se que o impetrante se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso no Quadro Permanente de Pessoal do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS, cujo edital de abertura do certame é datado de 8 de abril de 2014, tendo sido aprovado em 1ª lugar para o cargo de Assistente de Vistoria e Identificação Veicular com lotação no Município de Camapuã-MS.

Observa-se que a cônjuge do impetrante, Ana Célia Crispim de Araújo, é servidora pública do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e, ao tempo da abertura do certame em que o impetrante se inscreveu e foi aprovado, já exercia o cargo de Técnico I, junto à Promotoria de Justiça da comarca de Camapuã, onde entrou em exercício na data de 13 de março de 2014 (f. 138).

Ocorre que, em momento posterior à inscrição e consequente aprovação no concurso público, a esposa do impetrante foi removida, de ofício e no interesse da Administração, para a comarca de Campo Grande, consoante publicação veiculada no Diário Oficial do Ministério Público Estadual n. 924, de 22 de outubro de 2014 (f. 143).

Dessa forma, embora tenha sido convocado para inspeção médica e posse no cargo em que foi aprovado no concurso público promovido pelo Detran-MS, o impetrante requer sua transferência para a comarca de Campo Grande a fim de acompanhar sua esposa.

Entendo que a pretensão do impetrante encontra suporte na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em seu artigo 37, dispõe expressamente ser assegurado ao funcionário ou servidor o direito de remoção para igual cargo no lugar de residência do cônjuge, sem prever, em contrapartida, qualquer outro requisito para a sua concessão. Confira-se:

> *"Art. 37. Ao funcionário ou servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor.*
>
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também ao titular de mandato eletivo estadual ou municipal. "*

Outrossim, apesar de a Lei Estadual nº 1.102, de 10 de outubro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul) se quedar silente quanto a esta hipótese, certo é que a Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) faz previsão expressa a respeito da remoção, independentemente do interesse da Administração, para acompanhamento de cônjuge que foi removido de ofício, conforme dispositivo abaixo transcrito:

> *"Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*
>
> *Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:*
>
> *III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:*
>
> *a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (...) "*

Importante frisar que as previsões contidas na Constituição Estadual e na Lei Federal nº 8.112/90 traduzem o preceito fundamental da preservação da unidade familiar garantido na Carta Magna, que em seu artigo 226, *caput*, dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Com base em referido preceito constitucional, os Tribunais Superiores, em casos análogos, destacam especial importância à remoção do servidor público nas hipóteses em que o cônjuge foi removido de ofício, conforme ocorre no presente caso. Vejamos:

Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMPREGADO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA DE OFÍCIO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. ART. 226 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 12.8.2008. O Supremo Tribunal Federal entende que, em atenção ao art. 226 da Constituição Federal, o servidor público possui direito à remoção para acompanhar o cônjuge, empregado público, transferido de ofício. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido."* (ARE 644938 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, Acórdão Eletrônico DJe-185 Divulg 23-09-2014 Public 24-09-2014)

Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. ARTIGO 36, III, "A", DA LEI 8.112/90. REQUISITOS ATENDIDOS.*

> *1. Caso em que a União insurge-se contra o acórdão a quo que reconheceu à agravada, Procuradora Federal, o direito à remoção para a Procuradoria de Florianópolis-SC, em decorrência da designação de seu cônjuge, Juiz Federal, para atuar na 1ª Turma Recursal de Florianópolis-SC (fl. 14).*
>
> *2. A concessão de remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro exige o implemento de dois requisitos, quais sejam: (a) que o cônjuge seja servidor público; e (b) que o cônjuge a quem se pretende acompanhar com a mudança de sede, tenha sido deslocado no interesse da Administração. Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na remoção do Magistrado, seja ela a pedido ou ex officio, como no caso em análise, encontra-se presente o interesse público. Precedentes:* AgRg no Ag 1.352.601/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/2/2011; AgRg no Ag 1.340.614/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21/5/2012.
>
> *3. No caso concreto, a condição de agente político do cônjuge da ora recorrida não tem o condão de impedir a remoção pleiteada, mormente considerando que o disposto no art. 36, III, "a", da Lei 8.112/1990 deve ser interpretado em consonância com o art. 226 da Carta Magna, ponderando-se os valores que visa proteger.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1355769/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 17/09/2013)

Nesse sentido também é a orientação dessa Corte:

> *"EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA - SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO - REJEIÇÃO MÉRITO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - REQUERIMENTO DE REMOÇÃO PARA LOCAL EM QUE SE ENCONTRA LOTADO SEU CÔNJUGE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL c/c Art. 37 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO SEGURANÇA CONCEDIDA.*
>
> *(...) Consoante garantia das Constituições Federal e Estadual, o servidor tem o direito de ser removido para a localidade em que sua esposa exerce suas funções de servidora pública, uma vez que a unidade familiar se sobrepõe ao interesse de conveniência e oportunidade que norteia os atos da administração."* (Mandado de Segurança nº 0036255-64.2011.8.12.0000. TJMS. 1ª Seção Cível. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento. 04/03/13)

Além disso, acrescente-se o que foi registrado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"(...) é absolutamente indispensável ressaltar que, embora seja certo que as hipóteses de remoção para acompanhamento de cônjuge devam ser analisadas de acordo com as particularidades de cada caso concreto, a fim de se evitar eventuais manobras por parte de servidores em detrimento ao anseio público, as circunstâncias comprovadas na presente ação mandamental evidenciam a ausência de má-fé por parte do Impetrante, haja vista que fatos novos supervenientes à sua inscrição no concurso público lhe asseguram o direito de deslocamento.*
>
> *Isso porque, à época em que o Impetrante se inscreveu no concurso público promovido pelo Departamento Estadual de Trânsito, sua esposa residia em Camapuã e lá ocupava cargo público junto ao Ministério Público Estadual, de forma que, com o evidente objetivo de manter a unidade familiar, optou por concorrer a cargo com lotação naquele mesmo município.*

Entretanto, posteriormente à inscrição do Impetrante e à sua consequente aprovação no certame, sua esposa foi removida, de ofício e no interesse da Instituição, para a comarca de Campo Grande, razão pela qual a sua posterior convocação para inspeção médica e posse em Camapuã conduziria à quebra na unidade familiar.

Visando elucidar detalhadamente a relação temporal dos fatos tratados nos presentes autos, de modo a indicar a boa-fé do Impetrante e ressaltar a necessidade de concessão da segurança, tem-se a seguinte sucessão de acontecimentos:

I) 13 de março de 2014 = A esposa do Impetrante, Ana Célia Crispim de Araújo, servidora do Ministério Público Estadual, entrou em exercício no cargo de Técnico I junto à Promotoria de Justiça da comarca de Camapuã;

II) 8 de abril de 2014 = data do edital de abertura do Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso no Quadro Permanente de Pessoal do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul (DETRAN-MS), no qual o Impetrante obteve aprovação para o cargo de Assistente de Vistoria e Identificação Veicular com lotação em Camapuã-MS, cujo resultado foi divulgado em 2 de dezembro de 2014 (fl. 73);

III) 22 de outubro de 2014 = data em que a esposa do Impetrante foi removida, de ofício e no interesse da Administração, para a comarca de Campo Grande;

IV) 5 de março de 2015 = data em que o Impetrante foi convocado para inspeção médica e posse no cargo de Assistente de Vistoria e Identificação Veicular com lotação no Departamento Estadual de Trânsito em Camapuã - MS (fls. 89/92).

Nota-se, a toda evidência, que o Impetrante não se utiliza da presente ação mandamental como via oblíqua para assunção de cargo público em localidade diversa da que restou aprovado em concurso específico, mas visa apenas garantir a unidade familiar, hipótese albergada expressamente na Constituição Estadual.

Logo, sem perder de vista a existência de posicionamento jurisprudencial no sentido de que a remoção para fins de acompanhamento de cônjuge não incidiria nas hipóteses de provimento inicial de cargo público, certo é que fatos novos supervenientes reclamam a aplicação do princípio constitucional da proteção da unidade familiar, mormente face à comprovação da boa-fé por parte do Impetrante.

Nesse particular, é importante transcrever jurisprudência recente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que decidiu que a superveniência de fatos alheios à vontade do servidor público e que configuram quebra da unidade familiar autorizam a sua remoção para acompanhamento do cônjuge mesmo nas hipóteses de provimento originário, já que neste caso a remoção do cônjuge era absolutamente imprevisível à época da inscrição no concurso público, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA-NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO - IMPETRANTE/APELANTE LOTADA E RESIDENTE EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DA DO CÔNJUGE MILITAR POSTERIORMENTE TRANSFERIDO POR NECESSIDADE DO SERVIÇO MILITAR - FATO NOVO SUPERVENIENTE - REMOÇÃO A PEDIDO - ARTIGO 36, III, "A", DA LEI Nº 8.112/90. - POSSIBILIDADE - RUPTURA DA UNIDADE FAMILIAR COMPROVADA - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESERVAÇÃO DOS VÍNCULOS SOCIOAFETIVOS - DESNECESSIDADE DE COABITAÇÃO ANTERIOR - APELAÇÃO DA IMPETRANTE, ORA APELANTE, A QUE SE DÁ PROVIMENTO. SENTENÇA REFORMADA.

1- Na espécie, o pleito da ora apelante espossibilita o deslocamento do servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

2- Quis o legislador, assim, ao estabelecer exceções ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e proteger a família como objeto de especial proteção do Estado, prevendo a remoção de servidor público a pedido, para outra localidade, independente do interesse da Administração Pública para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração.

3- A impetrante/apelante voluntariamente retornou ao município de Corumbá/MS, para tomar posse no campus de Corumbá do IFMS em fevereiro de 2011 (Termo de Posse de fl. 26), entrando em exercício no cargo, o que, a princípio, afastaria a hipótese da norma prevista no artigo 36, III, "a", da Lei nº 8.112/90, na medida em que aceitou tomar posse em localidade diversa da de seu domicílio e de seu cônjuge à época, ou seja, Sete Lagoas/MG.

4- No entanto, no caso, há duas peculiaridades, data venia, que não foram levadas em conta pelo douto juiz sentenciante quando da prolação da sentença. Primeira delas é que após a servidora pública já estar lotada no seu cargo no campus de Corumbá/MS, foi exposta a um fato novo, ou seja, foi surpreendida com a alteração do local onde seu cônjuge trabalhava - unidade militar de Sete Lagoas/MG, pois, o seu marido foi novamente movimentado para o Colégio Militar de Campo Grande/MS em 05/12/2012. E a outra peculiaridade, é que o marido da apelante foi removido para nova unidade militar, ou seja, Colégio Militar em Campo Grande/MS, no interesse da Administração Militar, como exige a lei.

5 - É bem verdade que o casal já não mais coabitava juntos, residindo em estados diferentes da federação. Ocorre que o simples fato da apelante não residir com o cônjuge antes da transferência deste para Campo Grande/MS não impede a remoção prevista na norma do artigo 36, III, a, tendo em visa que não cabe à Administração determinar a exigência de coabitação anterior, se a lei assim não dispõe.

6- Por outro lado, não se pode olvidar que o interesse público está presente na unidade familiar, que nos termos da norma prevista no art. 226 da Constituição Federal é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Precedentes.

7- Apelação provida para assegurar a servidora o direito à remoção. (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AMS 0002490-61.2013.4.03.6000, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, julgado em 21/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 Data:30/07/2015)

Assim, considerando que, ao tempo em que o Impetrante se inscreveu no certame em vaga disponibilizada para a comarca de Camapuã, a situação fática vivenciada era absolutamente distinta, uma vez que a remoção de sua esposaveio a concretizar em momento superveniente, tem-se por necessária a sua remoção para fins de acompanhamento de cônjuge.

(...)"

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ratifico a liminar e concedo a segurança em definitivo, para que o impetrante seja removido do cargo de assistente de vistoria e identificação veicular da Agência de Trânsito de Camapuã para uma das unidades de Campo Grande.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (4° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Claudionor Miguel Abss Duarte (8° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Divoncir Schreiner Maran (9° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges (10 ° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (11° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Desembargador Dorival Renato Pavan, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Contar, Sérgio, Vladimir, Claudionor, Divoncir, Tânia e Dorival Moreira concederem a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 17.02.2016)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (3° Vogal)

Pedi vistas dos autos para analisar detidamente a questão posta em liça, inclusive em razão do posicionamento anteriormente exarado quando do exame do Agravo Regimental interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Pois bem. Extrai-se do caderno processual que o impetrante foi aprovado em 1º lugar para o cargo de Assistente de Vistoria e Identificação Veicular no Município de Camapuã - MS, tendo tomado posse em 27.03.2015 (f. 26) com pedido de prorrogação para entrar em exercício em sequência (f. 27).

Após, pleiteou a remoção para a cidade de Campo Grande - MS sob o argumento de acompanhar cônjuge, elencando para tanto o disposto no artigo 226 da Constituição Federal e artigo 36 da Lei Federal n. 8.112/1990 (f. 158).

Tal pedido foi indeferido pelo DETRAN-MS (f. 159-160) ao fundamento de que não há nenhum outro servidor ocupando o cargo para o qual o impetrante foi aprovado no Município de Camapuã, bem como inexiste outro candidato aprovado para referida localidade, sendo interesse da Administração sua manutenção na cidade para a qual foi aprovado.

Impetrou, então, o presente *mandamus*, objetivando a ordem para que as autoridades coatoras providenciassem *"a remoção para o Detran/MS de Campo Grande, no cargo de assistente de vistoria e identificação veicular, para acompanhamento de sua esposa*".

Ao julgar o mérito do *writ*, o douto relator decidiu: "*ratifico a liminar e concedo a segurança em definitivo, para que o impetrante seja removido do cargo de assistente de vistoria e identificação veicular da Agência de Trânsito de Camapuã para uma das unidades de Campo Grande.*"

Contudo, com a devida vênia ao entendimento esposado, não vislumbro o direito líquido e certo do impetrante para a segurança pretendida, qual seja, o direito de ser removido para a cidade de Campo Grande, visto a total falta de amparo legal para a pretendida remoção, já que, não atendidas as disposições dos artigos 60 e 61 da Lei n. 1.102/1990 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Mato Grosso do Sul), as quais são claras em estabelecer a prévia existência de vaga lotação para a remoção, por oportuno os citados dispositivos:

> *"Art. 60. Remoção é o deslocamento do funcionário a pedido ou de ofício, com preenchimento de claro de lotação, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*
>
> *Art. 61. Dar-se-á a remoção de: I - uma Secretaria para outra; II - uma Secretaria para órgão diretamente subordinado ao Governador e vice-versa; III - um órgão diretamente subordinado ao Governador para outro da mesma natureza; IV - uma localidade para outra, dentro do território do Estado, no âmbito de cada Secretaria ou de cada órgão diretamente subordinado ao Governador.*
>
> *§ 1º A remoção destina-se a preencher claro de lotação existente na unidade ou localidade, vedado seu processamento quando não houver vaga a ser preenchida, exceto no caso de permuta. Estatuto dos Servidores Civis 19*
>
> *§ 2º A remoção por permuta será processada a requerimento de ambos os interessados, com anuência dos respectivos Secretários ou dirigentes de órgãos, conforme prescrito neste Capítulo.*
>
> *§ 3º A remoção para outra localidade, por motivo de saúde do funcionário, seu cônjuge, companheiro ou dependente, será condicionada a comprovação por junta médica oficial e a existência de claro de lotação."*

Ademais, sem nem ter entrado em exercício, o impetrante estaria, por via transversa, a burlar a ordem classificatória para quem foi aprovado em Campo Grande, cuja concorrência notoriamente é mais acirrada.

A propósito, o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. SITUAÇÃO INADEQUADA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. 1. Hipótese em que o agravante, agente da Polícia Federal na cidade de Borja (RS), sustenta que tem direito a ser removido para a Superintendência da Policia Federal no Estado do Ceará, em virtude de ter contraído núpcias com servidora da Polícia Rodoviária Federal lotada em Fortaleza desde 1999. 2. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado. 3. Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume a uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão*

do benefício, quando inexistente interesse administrativo no ato. 4. A jurisprudência do STJ é rigorosa ao afirmar que a remoção requerida pelo recorrente para acompanhar cônjuge é ato discricionário, embasado nos critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado. 5. In casu, não ficou devidamente demonstrado que sua situação se enquadra nos ditames legais pertinentes, de sorte que deve o seu pedido de remoção se submeter ao juízo de discricionariedade da Administração. 6. Agravo Regimental não provido. (STJ; AgRg-REsp 1.260.423; Proc. 2011/0139996-1; CE; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 01/12/2011; DJE 23/02/2012). (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ESCRIVÃ DA POLICIA FEDERAL. REMOÇÃO PARA O MESMO LOCAL ONDE RESIDE O CÔNJUGE. PROTEÇÃO DO NÚCLEO FAMILIAR. SITUAÇÃO INADEQUADA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE.

1. "A primeira investidura em concurso público elide a invocação do instituto da remoção para reintegração da unidade familiar, em razão do prévio conhecimento das normas expressas no edital do certame, as quais vinculam candidatos e Administração, cuja atuação reflete a observância da preservação do interesse público, mediante critérios de conveniência e oportunidade" (AgRg no REsp 676.430/PB, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 14/12/2009).

2. A tutela à família não pode ser vista de forma absoluta, devendo os interessados observarem o enquadramento legal para que não se cometa injustiças ou preterição em favor de uma pequena parcela social. Precedentes: AgRg no REsp 1.209.391/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/09/2011; MS 12.887/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 09/10/2008; AgRg no REsp 1.260.423/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/02/2012.

3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 201.588/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 08/08/2014) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO ANTES DA REMOÇÃO DO CÔNJUGE. INEXISTÊNCIA DE CONVIVÊNCIA DIÁRIA E DIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE TRAUMA NA UNIÃO FAMILIAR.

(...)

5. Assim, a quebra da unidade familiar resultou da posse e exercício da servidora no cargo que atualmente ocupa, na cidade de Ortigueira, pois, anteriormente a tal fato, tanto ela como seu cônjuge residiam no município de Curitiba/PR, sendo certo que a lotação inicial da servidora consistiu no fato preponderante de cessação do convívio diário do casal, e não no deslocamento posterior de seu cônjuge.

6. O STJ já decidiu que "o trauma à unidade familiar configura-se quando ocorre o afastamento do convívio familiar direto e diário entre os cônjuges" (AgRg no REsp 1.209.391/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.9.2011, noticiado no Informativo 482), caso em que, inexistindo prévia habitação entre os cônjuges, caracterizada está a impossibilidade de remoção.

Precedente do STJ.

> *7. Inconteste que a impetrante teve que alterar seu domicílio em virtude de aprovação em concurso público, estando ciente de que iria assumir o cargo em local diverso da residência do marido, não possui direito subjetivo a acompanhar cônjuge que foi removido para cidade em que já resida.*
>
> *8. "A tutela à família não pode ser vista de forma absoluta, devendo os interessados observarem o enquadramento legal para que não se cometa injustiças ou preterição em favor de uma pequena parcela social"* (AgRg no AREsp 201.588/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/8/2014).
>
> *9. Agravo Regimental não provido.* (STJ, EDcl no REsp 1506600/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 21/05/2015) (g.n.)

Embora a Constituição Estadual assegure ao funcionário ou servidor o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor e a Constituição Federal disponha que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, o ato de remoção está condicionado ao preenchimento dos requisitos dispostos no Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Mato Grosso do Sul ou, ainda, ao juízo de discricionariedade da Administração.

Destarte, evidente a ausência de direito líquido e certo, de modo que deve ser denegada a segurança pleiteada

II. Por tais considerações, divirjo do ilustre relator e do parecer ministerial e denego a ordem com resolução do mérito, *ex vi* do artigo 269, I, segunda figura, do CPC.

Sem honorários, porque incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (5° Vogal)

Acompanho o voto do 3° vogal.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão (02.03.16) em face do pedido de vista do des. Fernando Mauro Moreira Marinho, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Contar, Sérgio, Vladimir, Claudionor, Divoncir, Tânia e Dorival Moreira concederem a segurança, enquanto que os desembargadores Pavan e Luiz Tadeu a denegam. O Des. Júlio aguarda.

VOTO (EM 02.03.2016)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (6° Vogal)

Trata-se de procedimento de Mandado de Segurança impetrado por Lucas Bruno Chaves contra suposto ato coator praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Diretor do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Relator exarou seu voto pela concessão da segurança, confirmando a medida liminar concedida inicialmente, para que o impetrante seja removido no cargo de assistente de vistoria e identificação veicular da Agência de Trânsito de Camapuã para uma das unidades de Campo Grande

O Des. Dorival Renato Pavan abriu divergência em relação ao voto proferido pelo E. Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes para que seja denegada a segurança.

Rogando vênia ao ilustre vogal, acompanho as teses explanadas pelo E. Relator, o que faço a integração no meu voto como razões de decidir, acrescentando também o meu posicionamento, sob os seguintes fundamentos:

Consta na inicial que o impetrante prestou concurso público para o ingresso no quadro permanente de pessoal do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, obtendo aprovação em 1º lugar para o cargo de assistente de vistoria e identificação veicular com atuação na agência de Trânsito de Camapuã-MS (f. 82), alegando, também, que a cônjuge, servidora do Ministério Público Estadual no cargo de técnico I – área administrativa desde 13/03/2014, foi removida, de ofício, no interesse da instituição em 22/10/2014 para a Comarca de Campo Grande-MS, passando a desempenhar sua função nessa comarca a partir de 07/01/2015.

Dessa forma, entendo que há de se ater aos fatos supervenientes ocorridos posteriormente à inscrição do impetrante no certame que optou em escolher a vaga na cidade de Camapuã.

Consoante o edital nº 01/2014-SAD/SEJUSP/DETRAN/MS de abertura do certame as inscrições ocorreram no período de 09 a 30 de abril de 2014 (item 4.3.1, f. 32), sendo que o candidato poderia se inscrever por cargo e por município de opção (item 6.4, f. 36), explicando o impetrante que fez a escolha para Camapuã porque sua esposa tinha residência no local, como se observa do contrato de locação (f. 149/154), onde já exercia o cargo de técnico administrativo do Ministério Público desde 13/03/2014 (f. 138/139).

No entanto, a cônjuge do impetrante foi removida para Campo Grande, de ofício, no interesse da citada Instituição nos termos da Portaria nº 1833/2014-PGJ, de 21/10/2014, publicado no Diário oficial DOMP/MS nº 924, de 22/10/2014 (f. 143), tendo se mantido na cidade de Camapuã, a partir de 30/10/2014 (Portaria nº 1965/2014-PGJ, de 13/11/2014) (f. 145) até sua designação para prestar serviços na Procuradoria-Geral de Justiça, na unidade de exercício da Secretaria-Geral do Ministério Público (Portaria nº 165/2015-PGJ, de 24.1.2015) (f. 147), comprovando seu atual endereço residencial (f. 156).

Assim, observa-se à f. 26 (Atestado de Exercício) de que o impetrante tomou posse no cargo em 27/03/2015, requerendo a prorrogação do prazo de 30 dias para entrar em efetivo exercício em 29/04/2015(f. 27), o qual fez pedido administrativo para ser removido para Campo Grande para acompanhamento de cônjuge (f. 158), e foi indeferido (f. 159), motivo pelo qual ingressou com o presente *mandamus c*om pedido liminar em razão do prazo para entrar em exercício, obtendo a decisão favorável para ser removido a uma das unidades dessa Comarca (f. 167/169).

Dessa feita, há demonstração de que o impetrante na época da inscrição do concurso fez a opção para cidade de Camapuã, sendo fato imprevisível o deslocamento da esposa para outra localidade, não havendo se falar de que ele utilizou de tal circunstância para assumir cargo público em localidade diversa daquele que foi aprovado, visto que como já dito, sua esposa foi removida por interesse da Administração Pública, ou seja, não se tratando de pedido da servidora.

Embora os artigos 60 e 61 do Estatuto dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul não preveem a hipótese de remoção para acompanhamento de cônjuge, servidora pública que foi removida de ofício, deve ser aplicada no caso em análise a Constituição Estadual.

Como explanado no voto do E. Relator:

> *Entendo que a pretensão do impetrante encontra suporte na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em seu artigo 37, dispõe expressamente ser assegurado ao funcionário ou servidor o direito de remoção para igual cargo no lugar de residência do cônjuge, sem prever, em contrapartida, qualquer outro requisito para a sua concessão.*

Confira-se:

"Art. 37. Ao funcionário ou servidor será assegurado o direito de remoção para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se este também for funcionário ou servidor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também ao titular de mandato eletivo estadual ou municipal. "

Outrossim, apesar de a Lei Estadual nº 1.102, de 10 de outubro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul) se quedar silente quanto a esta hipótese, certo é que a Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) faz previsão expressa a respeito da remoção, independentemente do interesse da Administração, para acompanhamento de cônjuge que foi removido de ofício, conforme dispositivo abaixo transcrito:

"Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (...) "

Há de ser ressaltado, ainda, que o impetrante já se encontra exercendo sua função nessa Comarca por força do deferimento da liminar concedida (f. 167/169), dessa forma, inexiste comprovação de prejuízos do Órgão Estatal a justificar a revogação da liminar, além de haver previsões legais tanto na Constituição Estadual como na Lei Federal nº 8.112/90 permitindo a remoção do servidor para igual cargo ou função no lugar de residência do cônjuge ou companheiro, se for também funcionário.

Acrescento, ainda, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da impossibilidade de indeferir o pedido de remoção de servidor para acompanhar cônjuge se dá quando não estiverem presentes os requisitos do artigo 36 da Lei nº 8.112/90, ou seja, quando o deslocamento não for de ofício, de interesse da Administração pública, o que não é o caso dos autos.

Assim colaciono a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE REMOVIDO À PEDIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. REQUISITO DO ART. 36, INCISO III, ALÍNEA "A" DA LEI N. 8.112/90 DESCUMPRIDO. DIREITO NÃO CONFIGURADO.

1. Com fundamento no art. 36 da Lei n. 8.112/90, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a remoção a pedido de servidor para acompanhamento de cônjuge ou companheiro, independentemente da existência de vaga, exige obrigatoriamente o cumprimento de requisito específico, qual seja, que o cônjuge, servidor público, tenha sido removido no interesse da Administração.

Precedentes: AgRg no REsp 1.404.339/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/13; AgRg no REsp 1.290.031/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 9/9/13; AgRg no Ag 1.318.796 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 9/11/10.

> *2. No caso em análise, o pedido de remoção da servidora lotada na Polícia Federal do Estado de Belém-PA para a Polícia Federal de Fortaleza-CE, foi motivado pela remoção, à pedido, de seu cônjuge para órgão do Tesouro Nacional localizado em Fortaleza-CE, não configurando, assim, o requisito essencial previsto em lei 3. Recurso especial provido*. (REsp 1438400/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 06/05/2014).

Portanto, diante da comprovação que a cônjuge do impetrante foi deslocada por interesse da Administração Pública, onde exerce a função de técnico-administrativo na Secretaria-Geral do Ministério Público, lotada na Procuradoria-Geral de Justiça nessa Comarca (f. 147), e que tal fato ocorreu posteriormente a abertura do concurso público a qual o impetrante foi aprovado em 1º lugar no cargo inscrito, há o direito líquido e certo que ampara a pretensão inicial.

Por tais razões, Sr. Presidente, confirmando a liminar deferida, voto pela concessão da ordem consoante os fundamentos expendidos pelo E. Des. Romero Osme Dias Lopes, os quais acompanho na íntegra.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (7° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, concederam a ordem nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, 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. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 02 de março de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0351724-79.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – DIALETICIDADE REJEITADA – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – HEMORRAGIA – RISCO CIRÚRGICO – INTERCORRÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM ERRO MÉDICO – AUSÊNCIA DE CULPA DO PROFISSIONAL – ALEGAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE ESPECIALISTA VASCULAR DE PLANTÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – SEQUELAS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO PROLONGADA DE TORNIQUETE – PROCEDIMENTO DE EXCEÇÃO NECESSÁRIO PARA SALVAR A VIDA DA PACIENTE – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL A SER IMPUTADA AO MÉDICO E AO HOSPITAL – RECURSO IMPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade, quando as razões do apelo são aptas a impugnar a sentença, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas.

A suposta conduta omissiva do hospital consistente na ausência de plantonista da especialidade de cirurgia vascular não pode ser apontada como causa adequada para a produção do resultado, qual seja, o dano causado à paciente pela utilização de torniquete que, apesar de se tratar de medida de exceção, era necessária para salvar sua vida, e compreendida dentro do risco da cirurgia.

Igualmente não há relação de causalidade entre a falta de sangue e os danos supostamente experimentados pela parte autora.

In casu, não ficou demonstrada a concomitância dos elementos necessários à responsabilização do médico e do hospital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator, em subst. legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Leci Ozório Stenzel Scolimoski contra sentença (fls. 550-561) proferida nos autos da ação de reparação de danos morais, materiais e estéticos ajuizada em desfavor de Cleberson Dias Lima e do Hospital Adventista do Pênfigo.

A ora apelante alega, em síntese, que:

> *"Em que pese os argumentos expostos pelo juízo, a decisão ora atacada há de ser reformada, eis que o segundo réu deve sim responder pelos danos injustamente suportados pela autora, principalmente pela ausência injustificada do cirurgião vascular plantonista do local. (f. 569).*
>
> *Isso porque o laudo pericial confeccionado nos autos deixou incontroversa a necessidade de tal profissional quando da complicação dada na cirurgia cuja autora era submetida (folhas 430/454), onde o ilustre perito confirmou a responsabilidade do hospital réu pelo dano noticiado nos autos. (f. 569).*
>
> *(...) recai sobre o hospital réu a responsabilidade pela ausência injustificada do plantonista que deveria estar à inteira disposição do mesmo, eis que ao firmar tal compromisso, o mínimo que se espera é que este esteja apto ao atendimento sempre que necessário. (f. 570v).*
>
> *Como se vê, resta patente a responsabilidade do segundo réu pelos danos sofridos pela autora, motivo pelo qual salta aos olhos que a manutenção da sentença ora atacada far-se-á injustiça, eis que durante a intervenção cirúrgica, o primeiro réu praticamente implorou pela presença da plantonista que deveria estar de prontidão naquela data, sendo que a ausência injustificada da mesma, bem como a não substituição desta em tempo hábil, foi fator determinante para o agravamento do quadro clínico da autora, conforme restou confirmado pelo laudo médico acostado nos autos. (f. 578)."*

Ao final, requer *"(...) a reforma in totum da sentença proferida em primeira instância, condenando o hospital apelado nos termos da inicial (...)."* (f. 578).

Hospital Adventista do Pênfigo, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 585-592, suscitando a preliminar de dialeticidade recursal e, no mérito, pugnando pelo improvimento do recurso.

Cleberson Dias Lima, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 593-642, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Leci Ozório Stenzel Scolimoski contra sentença (fls. 550-561) proferida nos autos da ação de reparação de danos morais, materiais e estéticos ajuizada em desfavor de Cleberson Dias Lima e do Hospital Adventista do Pênfigo.

A sentença julgou improcedente o pedido contido na exordial, ao fundamento de inexistir conduta culposa praticada pelo médico no procedimento cirúrgico realizado no hospital corréu, a ensejar a indenização pleiteada.

A apelante, inconformada com a sentença, alega, em síntese, que:

> *"Em que pese os argumentos expostos pelo juízo, a decisão ora atacada há de ser reformada, eis que o segundo réu deve sim responder pelos danos injustamente suportados pela autora, principalmente pela ausência injustificada do cirurgião vascular plantonista do local. (f. 569).*

> *Isso porque o laudo pericial confeccionado nos autos deixou incontroversa a necessidade de tal profissional quando da complicação dada na cirurgia cuja autora era submetida (folhas 430/454), onde o ilustre perito confirmou a responsabilidade do hospital réu pelo dano noticiado nos autos. (f. 569).*
>
> *(...) recai sobre o hospital réu a responsabilidade pela ausência injustificada do plantonista que deveria estar à inteira disposição do mesmo, eis que ao firmar tal compromisso, o mínimo que se espera é que este esteja apto ao atendimento sempre que necessário. (f. 570v).*
>
> *Como se vê, resta patente a responsabilidade do segundo réu pelos danos sofridos pela autora, motivo pelo qual salta aos olhos que a manutenção da sentença ora atacada far-se-á injustiça, eis que durante a intervenção cirúrgica, o primeiro réu praticamente implorou pela presença da plantonista que deveria estar de prontidão naquela data, sendo que a ausência injustificada da mesma, bem como a não substituição desta em tempo hábil, foi fator determinante para o agravamento do quadro clínico da autora, conforme restou confirmado pelo laudo médico acostado nos autos. (f. 578).”*

Ao final, requer *“(...) a reforma in totum da sentença proferida em primeira instância, condenando o hospital apelado nos termos da inicial (...)”* (f. 578).

Hospital Adventista do Pênfigo, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 585-592, suscitando a preliminar de dialeticidade recursal e, no mérito, pugnando pelo improvimento do recurso.

Cleberson Dias Lima, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 593-642, pugnando pelo improvimento do recurso.

Rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, e no mérito, nego provimento ao recurso da autora apelante.

Preliminar.

Não prospera a preliminar de não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade, aduzida pela entidade hospitalar, porquanto as razões do apelo são aptas a impugnar a sentença, tendo sido perfeitamente observado o princípio da instrumentalidade das formas.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, mister se faz uma breve síntese dos fatos.

Leci Ozório Stenzel Scolimiski ajuizou a presente demanda em face de Cleberson Dias Lima e Hospital Adventista do Pênfigo alegando que, em agosto de 2005, sofreu uma lesão em seu joelho direito, razão pela qual procurou atendimento médico junto ao primeiro réu, o qual constatou a necessidade de tratamento cirúrgico, para reconstrução dos ligamentos.

Para tanto, sustentou que, em dezembro daquele mesmo ano, submeteu-se ao procedimento cirúrgico com o primeiro réu nas dependências do réu Hospital Adventista do Pênfigo, e que em razão do surgimento de um sangramento abundante, foi necessária a utilização de um torniquete (garrote), o qual lhe causou danos, tais como perda de força e sensibilidade em sua perna.

A autora apelante sustentou, ainda, a responsabilidade do hospital pelo não comparecimento, quando solicitado, do médico plantonista com especialidade em cirurgia vascular, e pela ausência de sangue de seu tipo para transfusão, o que culminou na utilização de plasma.

O magistrado Alexandre Correa Leite julgou improcedente o pedido da autora.

Em que pese o inconformismo da apelante, tenho que não merece reforma a sentença.

Isto porque, ao contrário do que sustenta a apelante, os fatos narrados nos autos não se trata de erro médico, passível de se atribuir aos réus, desde que verificada a culpa do profissional, a responsabilidade pelos danos causados.

Em uma análise detida dos autos, mais precisamente do laudo pericial (fls. 470-486 e 527-529), verifica-se que a hipótese trata-se, em verdade, de intercorrência inerente ao próprio procedimento cirúrgico, e que muito embora tenha causado danos à apelante, não é passível de responsabilização dos réus.

De acordo com as conclusões finais do laudo pericial (fls. 485-486):

> *"Entendemos que não se tratou de um procedimento de escolha realizado por um não especialista em cirurgia vascular, mas sim por falta de escolha provocada pela impossibilidade de assistência de uma especialista vascular naquele momento, tendo o médico requerido a hierarquia máxima praticada pela medicina, que em primeiro lugar recomenda prescrever a vida, seguida do membro, depois da função e por último da estética.*
>
> *Quanto ao questionamento feito pela periciada, de que não havia sangue disponível nem reservado previamente, tal situação não lhe trouxe sequelas ou prejuízos funcionais, tendo sido administrado composto coloidal que repôs adequadamente suas necessidades hematológicas no momento da urgência.*
>
> *Em conclusão, não encontramos registrado no processo ato médico praticado pelo médico requerido que indique falha técnica ou inobservância dos protocolos de atendimento a casos desta natureza, nas circunstâncias que se deram os eventos, devendo a manobra de exceção feita por ele ser considerada como provável causadora da lesão neurológica, ressalvando que esta foi preferível ao óbito iminente, que fatalmente se daria caso a hemorragia não fosse controlada.*
>
> *Quanto ao hospital requerido, fora a declaração que nos foi apresentada não pudemos confirmar que tal escala de sobreaviso em cirurgia vascular estava em vigor e nem as causas que impediram o especialista de comparecer ao chamado no momento necessário, para viabilizar a melhor solução do quadro hemorrágico apresentado."*

Note-se portanto que, do acima disposto, não há qualquer conduta culposa a ser imputada aos réus.

Igualmente, a ausência de sangue do tipo da autora não lhe trouxe qualquer prejuízo, ante ao composto coloidal ministrado, tendo o médico agido dentro dos protocolos de atendimento em casos dessa natureza.

No que tange à alegação de não comparecimento de médico especialista vascular que supostamente estaria de plantão, não se verifica qualquer comprovação da existência de referida escala, tampouco a obrigatoriedade da manutenção de plantonista em tal especialidade nas dependências de um hospital de pronto atendimento (urgência e emergência), como é o caso do segundo réu.

Aliás, em resposta ao quesito de número 2 de f. 476, o perito assim consignou:

> *"2 - Pode-se afirmar que é obrigatória a existência, nas dependências de entidade hospitalar, de um médico plantonista com especialidade em cirurgia vascular?*
>
> *Não é especialidade de presença obrigatória."*

Acerca do assunto, e a fim de se evitar digressões desnecessárias, transcrevo trecho da sentença que pontuadamente resolveu a questão posta em julgamento (fls. 559-560):

> *"Pois bem. Não há, nos autos, discussão quanto à efetiva inexistência de plantonista dessa especialidade disponível no hospital na ocasião dos fatos. As partes divergem, na realidade, quanto à obrigatoriedade de manutenção desse tipo de profissional à disposição. Isso porque a parte autora alega que o cirurgião vascular deveria estar de prontidão para o caso de uma complicação em sua cirurgia, ao passo que o réu sustenta não haver tal responsabilidade, porque a cirurgia da autora não apresentava risco vascular, bem como porque no local não funciona um pronto socorro, mas apenas um pronto atendimento.*
>
> *Ocorre que, mais uma vez, a controvérsia existente entre as partes não influi no resultado do julgamento.*
>
> *Com efeito, ainda que se parta do pressuposto de que a ré tinha a obrigação de manter tal profissional disponível (o que não se está a reconhecer, já que a prova pericial aponta justamente no sentido contrário, como se vê da resposta do quesito n.º 02 de fls. 476), e de que a autora tenha sofrido todos os danos alegados na inicial, não há nexo de causalidade entre essa hipotética conduta omissiva do hospital e os danos sofridos.*
>
> *Como se sabe, "o nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano"* (PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Sistematizado. 4ª edição, Forense, p. 488). *Nas lições de Alvim, "o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, um dano só produz responsabilidade quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado"* (ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 340).
>
> *Assim, para o estabelecimento desse elemento imaterial da responsabilidade civil, mister a demonstração de que as sequelas advindas do ato cirúrgico derivaram imediatamente da falta do mencionado profissional ou do sangue da tipagem do da autora, o que teria culminado na utilização do plasma.*
>
> *Ocorre que, como elucidado pelo perito por ocasião da instrução processual, em caso de hemorragia durante a operação da espécie da realizada pela parte autora "convencionalmente, desde que possível, procede-se a compressão do local de sangramento, seguida de identificação do vaso, clampeamento seletivo e correção da eventual lesão" (fls. 474/475). Ou seja, nem é da prática médica a convocação de um cirurgião vascular em casos como o delineado nos autos, de modo que, obviamente, o dano não pode ter advindo de sua falta.*
>
> *Como se sabe "o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual causa é tão somente aquele antecedente mais adequado à produção do resultado. [...] Para os que são adeptos de tal teoria, defende-se que não se pode considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetiva ocorrência do resultado [...]"* (PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Direito Civil Esquematizado. 4ª edição. Forense. p. 489/490), *mas tão somente a causa que se mostre apta para tanto.*
>
> *Nessa esteira, a conduta omissiva da ré, isto é, a não manutenção do plantonista da especialidade de cirurgia vascular, não pode ser apontada como causa adequada para a produção do resultado (dano). Na realidade, a causa imediata do dano foi a utilização do garrote que, no entanto, era necessária e compreendida dentro do risco da cirurgia.*
>
> *O mesmo raciocínio deve ser feito em relação à questão atinente à inexistência de sangue da tipagem do da autora no hospital. Alheio à discussão da obrigatoriedade*

de sua estocagem ou não, " [...]o quadro hemorrágico foi devidamente compensado pelo tratamento ministrado, sem deixar qualquer sequela ou mesmo se relacionar com a sequela neurológica apresentada [...]". Ou seja, também não há relação de causa e efeito entre a falta de sangue e os danos supostamente experimentados pela parte autora.

Portanto, por qualquer ângulo que se veja a questão, tenho que não ficou demonstrada a concomitância dos elementos necessários à responsabilização dos réus, razão pela qual os pedidos da parte autora são improcedentes.

Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgando improcedente o pedido contido na inicial. Ante a sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da parte ré, os quais arbitro em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para o patrono de cada uma das rés, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. A cobrança das verbas de sucumbência fica condicionada, entretanto, à hipótn ese do artigo 12 da Lei 1.060/50, vez que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita."

Tem-se, portanto, que não há qualquer conduta culposa a ser imputada aos réus, e consequentemente nexo de causalidade com o dano sofrido pela autora consistente nas lesões do procedimento.

Aliás, a própria autora colaborou posteriormente com o dano sofrido, porquanto conforme laudos e declarações contidos nos autos (fls. 238, 240, 249 e 255), após seis sessões de fisioterapia, abandonou o tratamento proposto para o pós operatório, recusou-se a utilizar a órtese indicada, impossibilitando a realização do protocolo de reabilitação.

Mantenho assim, a improcedência do pedido contido no pleito indenizatório.

Ante o exposto, conheço do recurso para rejeitar a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e no mérito negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0065386-18.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REDIBITÓRIA POR VÍCIO OCULTO CUMULADA COM PERDAS E DANOS – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO "ZERO KM" – DEFEITO DE FÁBRICA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Assiste razão ao consumidor quando pleiteia a substituição de o veículo que, logo após a compra, apresenta vícios de fábrica, os quais não foram oportunamente sanados pela concessionária.

De acordo com a sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de vícios apresentados no automóvel adquirido, revela-se cabível a indenização por dano moral, o qual decorre da desídia do fornecedor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de junho de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis, interpostas, respectivamente, por General Motors do Brasil Ltda. e por Smaff Automóveis Ltda contra sentença (fls. 374-385) proferida nos autos da ação redibitória por vício oculto cumulada com perdas e danos materiais e morais promovida por Liduina Soares de Paiva.

A primeira apelante alega, em síntese, que:

> *"(...) as fornecedoras (apelante e parte interessada), cumpriram com seu direito-dever, promoveram os reparos necessários no automóvel da apelada, este dentro do prazo estatuído no Código de Defesa do Consumidor, portanto, não havendo margem para alegação de ultraje à legislação aplicável ao caso em testilha. (f. 404).*
>
> *(...) é incontroverso que não existe nenhum produto indene a reparos, o que se pesa é a condução do caso pelo fornecedor, e no caso em apreço, ante as comunicações à parte interessada (concessionária Smaff) aquela empresa adotou as providências necessárias para restabelecer as condições do produto. (f. 404).*
>
> *Destarte, ante a conduta lícita e benéfica das fornecedoras, verifica-se a insubsistência dos pedidos autorais (obrigação de fazer e indenizatório), que se firmam no instituto da reparação civil, cujos pressupostos não estão configurados. (f. 405).*

> *Ademais, quanto ao relato de que os reparos careceram de acabamento estético, salienta-se que, primeiramente, a apelada que não conduziu o veículo sub judice para realização do serviço de acabamento, conforme assentado nos autos, além disso, tais regiões não são visíveis e, portanto, o aspecto visual é irrelevante. Justamente por essa razão, o nobre perito afirmou não haver depreciação do valor do bem adquirido pela apelada. (f. 409).*
>
> *(...) a reforma da r. sentença é de rigor, pois, ainda que se cogite em inadimplemento contratual, frente a necessidade de ajustes no automóvel sub judice, ainda assim, inexiste dever de indenização moral. (f. 412).*
>
> *Pois o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa normal à personalidade, e no caso em comento não se vislumbra excepcionalidade apta a tornar justificável a indenização, especial no patamar fixado na r. sentença."* (f. 412).

Ao final, requer

> *"(...) a reforma da r. sentença de primeiro grau a fim de que sejam os pedidos julgados totalmente improcedentes, porquanto o veículo foi devidamente reparado, sendo que, o préstimo foi realizado em consonância com as diretrizes legais e contratuais (...). Com isso, deve a apelada receber seu veículo e indenizar as fornecedoras acerca do cumprimento da liminar proferida no processo cautelar. Assim como, a indenização por danos morais deve ser extirpada, pois o presente caso não ensejou abalo à moral da apelada. No que concerne à indenização aplicada nos termos do §2º, do artigo 18, do Código de Processo Civil, primeiramente, pede-se a análise do agravo retido, com fulcro no artigo 523 do Código de Processo Civil, e das razões expostas no presente recurso, que remetem ao seu afastamento, já que não houve má-fé das fornecedoras. Contudo, caso este não seja o entendimento desta Câmara, o que se admite apenas por amor à argumentação, requer-se a redução do quantum indenizatório; a fixação correta dos juros moratórios, que devem ocorrer a partir do arbitramento da indenização; a atenuação da condenação dos honorários advocatícios sucumbenciais; e, que a apelada seja responsabilizada pelo tempo que fez uso do veículo sub judice arcando com a depreciação decorrente do tempo e do desgaste do veículo, bem como a diferença equivalente ao ano do veículo substituído." (f. 425).*

Liduina Soares de Paiva, ora apelada, apresentou contarrazões às fls. 482-491, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

A Smaff Automóveis Ltda também recorre, asseverando, em suas razões recursais, que:

> *"(...) conforme se extrai da decisão que deferiu a liminar pleiteada, a ordem de substituir o veículo da autora por outro com as mesmas características foi cumprida, pois a decisão não previa a transferência de propriedade ao ponto que a liminar se tornasse irreversível em caso de improcedência dos pedidos autorais. (f. 436).*
>
> *Caso o magistrado a quo quisesse se fazer entender, bastava deixar claro que estava antecipando por completo os efeitos da tutela, ou seja, de forma absurda, sem sentença transitada em julgado, o MM. Juiz antecipou totalmente o efeito final da sentença, num caso que carecia PERÍCIA. Perícia esta que foi clara no item 4.2 da fl. 296, onde deixa clara que o serviço feito pelo concessionário "sanou plenamente os problemas alegados" e que "não minorou o valor de mercado da unidade veicular adquirida pela parte requerente. (f. 437).*

Inclusive, passar o veículo para a propriedade da autora seria ilógico e demandaria atenção à vários problemas, pois, a requerente se tornaria proprietária de 2 veículos, sendo necessário pagar o IPVA dos dois bens, além, de outros contratempos, como: transferência, custos com despachante, ente outras necessidades administrativas. (f. 437).

A má redação da decisão que deferiu a liminar, ora ratificada pela sentença combatida, fez com que o juiz a quo condenasse as requeridas ao valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). (f. 438).

Observem que o legislador colocou 2 limitadores à fixação da multa por litigância de má-fé; a primeira de 1% sobre o valor da causa e a segunda de 20% também sobre o valor da causa. (f. 438).

A diferença é que a primeira é considerada multa e a segunda indenização. (f. 438).

No presente caso, caso houvesse a presença de litigância de má-fé por alguma das partes requeridas, a multa deveria ser imposta respeitando os limites consignados no Código de Processo Civil. O valor da causa é de R$ 1.000,00 (conforme lê-se na inicial), assim, o valor da multa fixada não pode ultrapassar o montante de R$ 10,00 (dez reais). (fls. 438-439).

Seria condizente o valor do contrato de compra e venda do veículo somando ao pleito autoral de dano moral. Ao contrário disso, fixou valor irrisório para pagar custas baixa e em eventual derrota, mitiga por valores irrisórios de honorários advocatícios. (f. 439).

Além disso, o magistrado fugiu totalmente dos preceitos legais impondo multa astronômica para a realidade dos autos, ferindo a Legalidade, Proporcionalidade e a Razoabilidade, princípios insculpidos na Lei Adjetiva e na Carta Magna, o que caracteriza abuso de autoridade. (f. 441).

Cabe ressaltar que em momento algum ficou comprovado os supostos danos sofridos pelo requerente, na medida em que não há nos autos qualquer elemento de prova capaz de ensejar a responsabilidade da requerida pela suposta diminuição no patrimônio da autora. (f. 444).

O simples aborrecimento e considerável mal-estar não são suficientes para ensejar a condenação por dano moral, visto que todos estão sujeitos a imprevistos, como já pacificado em nossa jurisprudência. (f. 447).”

Ao final, requer *“(...) aos Eméritos Desembargadores que conheçam bem como dêem provimento à apelação cassando/reformando a sentença, afastando a multa por litigância de má-fé, dano moral, bem coo a responsabilidade desta apelante em substituir o veículo da autora, haja vista que o veículo não padece de vício.”* (f. 447).

Liduina Soares de Paiva, ora apelada, apresentou contrarrazões às fls. 463-478, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis, interpostas, respectivamente, pela General Motors do Brasil Ltda. e por Smaff Automóveis Ltda contra sentença (fls. 374-385) proferida nos autos da ação redibitória por vício

oculto cumulada com perdas e danos materiais e morais promovida por Liduina Soares de Paiva, que julgou procedente o pedido formulado na exordial.

Passo à análise conjunta de ambos os recursos, aos quais dou parcial provimento.

Inicialmente, mister realizar uma breve síntese dos fatos.

Liduína Soares de Paiva, em 6.9.2010 comprou da ré apelante Smaff, o veículo GM Classic 1.0 VHC-E, zero Km, placas NRF 2593, fabricado pela outra ré apelante GM, o qual foi retirado da concessionária em 13.9.2010.

Consta ainda dos autos que, 14 dias depois, ao transitar com o veículo sob chuva, verificou a entrada de água em seu interior, que ficou acumulada no piso, embaixo do banco dianteiro direito, razão pela qual, em 27.9.2010, levou o carro à Smaff, onde foi submetido a reparos e devolvido dois dias depois.

Porém, no dia seguinte, ao abrir o bagageiro, a apelada constatou acúmulo de água e outras infiltrações por todo o veículo, tendo, então, novamente, levado o veículo de volta à Smaff, em 30.9.2010 e apresentado reclamação no Procon.

O veículo foi entregue à apelada em 15.10.2010, mas, ao trafegar sob a chuva que caiu no dia seguinte, a autora constatou que o problema persistia, com a infiltração e o acúmulo de água em seu interior, razão pela qual levou o veículo de volta à Smaff e ajuizou a ação cautelar, pedindo, com fundamento no art. 18, § 1º, I, do CDC, a imposição liminar às rés da obrigação de substituir o veículo por outro, em perfeitas condições de uso.

A medida cautelar foi liminarmente deferida, com a imposição às rés da obrigação de substituir, no prazo de 10 dias, o veículo da autora, por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (fls. 33/36). Contudo, por ocasião da audiência preliminar (art. 331 do CPC), após ter sido tentada mas não obtida a conciliação, a apelada informou que as rés não cumpriram a obrigação que lhes foi imposta liminarmente na ação cautelar, porquanto ao invés de substituírem o veículo, apenas entregaram-lhe um veículo alugado (fls. 190/192).

Em razão disso, foi determinado às rés, pelo juízo, que entregassem um veículo novo à autora, como estabelecido na medida liminarmente concedida na ação cautelar, com alarme, aparelho de som, vidro elétrico e travas idênticos aos existentes no veículo defeituoso, sob pena de incorrerem em multa diária de R$ 5.000,00.

Posteriormente, após realização de prova pericial, o feito foi sentenciado, julgando-se procedente o pedido formulado na exordial, para tornar definitiva a liminar concedida e condenar as rés a pagarem à autora indenização no valor de R$ 15.000,00 por litigância de má-fé e no valor de R$ 10.000,00 por danos morais.

Pois bem.

Em que pese o inconformismo das apelantes, tenho que não lhes assiste razão.

Conforme constou do laudo pericial produzido nos autos, *"a parte requerente alega que o aparecimento das infiltrações e acúmulo de água se deu logo após a retirada di veículo do pátio da concessionária. Cabe, neste sentido, fixar que os documentos apresentados em fls.13/16 e f. 127 dos autos, apontam que o veículo realmente teria apresentado falhas em suas peças de vedação (molduras e borrachas das postas e vidros). Para a realização do reparo as partes requeridas efetivaram a substituição de vidros e vedações do veículo."* (f. 295)

Segue afirmando que *"os procedimentos adotados para a reparação das infiltrações e acúmulos de água indicam que, em referida época, teria havido problema nos elementos de vedação, os quais são incompatíveis com o desgaste decorrente do uso, pois, é pouco provável que um veículo tão precocemente apresente problemas desta natureza"* (f. 295).

Prossegue, ainda, alegando que *"face ao histórico de intervenção havida no veículo adquirido pela parte requerente, o problema diagnosticado como infiltração e acúmulo de água tem origem endógena (defeito de fabricação), relacionado ao projeto ou à montagem da unidade veicular avaliada"*, ressaltando, porém, que como há inúmeras outras unidades do modelo em circulação no país, *"o problema havido terá sido especificamente de montagem"* (f. 295).

E por fim, conclui que *"a causa do defeito apresentado no veículo adquirido pela parte requerente é pré-existente, podendo ser caracterizados os vícios como defeito de fabricação, com origem no processo de montagem da unidade veicular periciada."* (f. 296)

Note-se, ainda, que acerca do serviço de vedação realizado no veículo da apelada, assentou o *expert*, que:

> *"Observamos o serviço de vedação (calafetagem) executado com masa de calafetação no interior do porta-malas, sendo verificado acabamento com imperfeições do serviço executado (Fotos 03 e 04);*
>
> *Aferimos o serviço de vedação (calafetagem) realizado com massa de calafetação próximo aos amortecedores localizados nas laterais posteriores (direita e esquerda) do veículo, sendo verificado acabamento com imperfeições dos serviços executados (Fotos 05 e 06);*
>
> *Conferimos o serviço de vedação (calafetagem) realizado com massa de calafetação na boca do tanque de combustível, sendo verificado acabamento com imperfeições dos serviços executados (Fotos 07 e 08)"* (f. 292/294).

Do acima disposto, vê-se que, mesmo após a autora apelada ter levado, por duas vezes consecutivas, o veículo à concessionária, os problemas persistiram. E que, apesar dos reparos que fizeram no veículo, as apelantes não lograram sanar o vício, no prazo de 30 dias, estabelecido no art. 18, § 1º do CDC[1]

Ademais disso, como bem salientou o magistrado sentenciante, juiz Flávio Saad Perón, *"não era exigível que a autora concordasse em receber seu veículo, com a baixa qualidade de acabamento e as imperfeições apontadas na perícia (e evidenciadas nas fotos de 64/72 da cautelar, 293 do laudo pericial e 342/353 do processo principal), após adquiri-lo, zero km, há cerca de 45 dias."*

Assim, escorreita a sentença ao tornar definitiva a liminar concedida nos autos da cautelar em apenso, que determinou a substituição do veículo da apelada por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso.

Igualmente, não merece reforma a sentença, no que tange à condenação das apelantes o pagamento da quantia de R$ 10.000,00, pelos danos causados à apelada.

Como bem anotou o magistrado, à toda evidência:

1 Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

> *"Que o aborrecimento, o desassossego e a frustração experimentados pela autora, que embora tenha adquirido um veículo zero km, de uma marca conceituada, acreditando na boa qualidade do produto, em menos de dois meses, teve que retornar diversas vezes à oficina da Smaff, sem que as rés lograssem sanar o vício de fabricação do veículo, superam o mero aborrecimento, consubstanciando, isto sim, dano moral, que lhe deve ser indenizado, por expressa disposição do art. 18, § 1º, II, parte final, do CDC."*

No que tange à condenação das rés apelantes ao pagamento da quantia de R$ 15.000,00 por litigância de má-fé, ante o não cumprimento da medida liminar nos termos concedidos inicialmente, tenho que a sentença merece reforma parcial.

Importante salientar, de antemão, que o artigo 18 do CPC ao estabelecer possibilidade de multa e indenização em caso de litigância de má-fé não estabelece dupla punição pelo mesmo fato, mas sim, sanções de caráter punitivo (multa) e reparatório (indenização por perdas e danos).

No caso, mesmo após deferimento de liminar determinando às apelantes a substituição do veículo da autora por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, conforme determina o artigo 18 , § 1º, I do CDC, as apelantes apresentaram um veículo locado à apelada, e só cumpriram efetivamente a ordem judicial após fixação de astreinte e aplicação de multa por litigância de má-fé.

Como bem asseverado na sentença:

> *"Embora a medida cautelar tenha sido liminarmente concedida, por decisão proferida em 25/1/2011 (f. 33/36 da cautelar) e o agravo contra ela interposto tenha sido improvido, por acórdão que transitou em julgado em 13/5/2011 (f. 117/132 da cautelar), as rés só cumpriram a obrigação que lhes foi imposta, em 1/6/2012 (f. 207 da principal), depois da fixação, na audiência preliminar, de astreinte e da aplicação de multa por litigância de má-fé, após o escárnio do advogado da GM, que, despudoradamente alegou que "interpretou que a medida cautelar liminarmente deferida 'seria a substituição do veículo até a decisão final', ou seja, que as rés não teriam que transferir o domínio de um veículo novo para a autora." (f. 191/192).*

Logo, não merece censura a sentença na parte em que determinou condenação das apelantes, para que, solidariamente, indenizem a apelada por litigância de má-fé, conforme determina o artigo 18 do CPC.

Contudo, deve ser reformada a sentença no tocante ao *quantum* arbitrado, ou seja, em R$ 15.000,00, isto porque, quando não há a possibilidade, de pronto, de se aferir o quanto foi devido, deverá o *quantum debeatur* ser apurado em sede de liquidação, ficando para o momento da decisão apenas confirmado o *an debeatur.* Porém, no caso dos autos, verifica-se que diante do valor líquido da indenização, deve ser respeitado o percentual de 20%, contido no artigo 18, § 2º do CPC[2], sobre o montante fixado à título de dano moral.

Ante o exposto, conheço dos recursos e dou-lhes parcial provimento para, reformando a sentença, determinar que a condenação das apelantes ao pagamento de indenização por litigância de má-fé respeite o percentual de 20% sobre o valor líquido da indenização.

2 Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.
§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 14 de junho de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800278-75.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TRECHO DE VIA PÚBLICA EM OBRAS – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA EXECUTORA DA OBRA – ILUMINAÇÃO PÚBLICA INEXISTENTE – FALTA DO SERVIÇO – OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ADEQUADAMENTE FIXADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

É responsabilidade da empresa que executa as obras de recapeamento na via pública sinalizar o trecho que encontra-se em obras ou interditado.

Cabe ao município a obrigação de implantar e manter a iluminação pública nas vias municipais.

Comprovada a omissão do ente público, aplica-se a teoria da culpa administrativa na modalidade da culpa subjetiva, devendo demonstrar a vítima que houve imprudência, negligência ou imperícia da administração, concorrendo assim para a ocorrência do sinistro.

Não há falar em majoração de honorários advocatícios quando a verba for fixada por equidade pelo juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Construtora Jupiá Ltda, pelo Município de Três Lagoas e por Weslei Higo Severino Cardoso contra a sentença (fls. 193-206) proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais em epígrafe.

A Construtora Jupiá Ltda, primeira apelante, assevera, em síntese, que:

> *"(...) não se monstra crível atribuir a responsabilidade do acidente ao recorrente, pelo fato do autor não conduzir seu veículo com os cuidados necessários. (f. 212).*

Desta maneira, o mesmo provavelmente, ou guiava seu veículo sem as devidas cautelas de praxe, bem como em velocidade incompatível com as condições de trafego, ou mesmo se esqueceu de utilizar suas lentes corretivas conforme determina em sua habilitação, fls. 57. (f. 213).

(...) o recorrido, informou que trafegava de 40 a 50 km/h em seu depoimento, ou seja, média de 45km/h, velocidade essa incompatível com as condições da via; pois em seu depoimento esse disse que acabara de fazer uma rotatória, onde essa deveria ser feita a 40 km/h, ou seja, o autor estava em excesso de velocidade (conforme foto em anexo). Como vemos é questão de culpa exclusiva da vítima e na melhor das hipóteses, culpa concorrente. (f. 215).

(...) urge esclarecer que ficou cabalmente demonstrada a tese do recorrente, de que as placas pertencentes a Construtora Jupiá eram retirada as 17:00 horas. Ambas as testemunhas, Sr. Osvaldo e Sr. Teodoro, foram uníssimos em afirmar que as placar eram retiradas da via, e a mesma liberada por volta das 17 horas em razão do alto trânsito de veículos e da faculdade. (f. 215).

Conquanto apenas em audiência fora feito menção quanto ao local do acidente, pois inexiste o mesmo na exordial. Contudo a testemunha Teodoro é clara em afirmar que naquela época as obras do recorrente estavam mais adiantadas do que naquele trecho, bem como a obra do Município seguia logo atrás. Vemos que referida informação goza de grande valia, uma vez que desconhecido até mesmo por este réu o local do acidente, pois esse não consta na inicial. (f. 216).

(...) a discrepância testemunhal fica maior quanto ao local do acidente, ressalta-se que referido local sequer consta na inicial, o que já causa estranheza, pois a avenida Ponta Porã conta com mais de 5 km de extensão. Pois bem, no depoimento pessoal do Autor, o mesmo diz que o acidente ocorreu logo após a rotatória, já a testemunha João Euclides, ao final do seu depoimento, diz que o acidente ocorreu na entrada da Vila Piloto, que fica muito após o trecho indicado pelo autor, conforme foto em anexo. (f. 217).

Ressalta-se ainda que a mesma testemunha (João Euclides) diz aos 5:63 que um lado estava interditado; porém o autor diz que a via estava totalmente interdita, já a testemunha Marcio Willian, ao ser inquirido pela Juíza, aos 1:40 diz que a via não estava fechada, que a placa não estava no meio. Diz ainda que havia só a placa, como já argumentado a outra testemunha dizia haver rede. (f. 217).

(...) fato curioso é que não fora juntado o Boletim de Ocorrência da Policia Militar, sendo que existiu vítima e a confecção do mesmo é obrigatória. Ressalta-se ainda que também não fora juntado croqui do acidente, tornando assim sua compreensão impossível. (f. 218).

(...) no que tange ao fato das placas serem refletivas, vemos que existe erro também na apreciação do mérito. Vejamos: Basta simples visualização das mesmas para constatarmos isso, segue ainda laudo não impugnado do fabricante das mesmas, as fls. 130, de que referidas placas são refletivas. Ressalta-se ainda que ambas as testemunhas do recorrente afirmaram as mesmas serem refletivas. (f. 219).

(...) vemos que caso superado a questão da culpa exclusiva do condutor, a responsabilidade deve recair sobre o Município, pois fora devidamente provado que este possuía obras no local, bem como as placas da recorrente eram ao final do dia retiradas, e finalizando, a iluminação Pública é de sua inteira responsabilidade. (f. 219).

> *(...) caso superada a responsabilidade exclusiva do autor, vemos que esse concorreu para o dano, por sua desatenção, desta maneira e configurando-se a culpa concorrente, não há que se falar em dano moral. Onde pleiteia-se a sua exclusão. (f. 220).*
>
> *Ao final, requer "(...) o provimento do recurso de apelação, a fim de que seja reformada a r. sentença recorrida, para excluir a responsabilidade do recorrente, quanto ao evento danoso, eventualmente a exclusão da condenação em danos morais, e por fim na impossibilidade a devida redução. Tudo por ser medida da mais pura e lídima justiça. (f. 221)."*

Weslei Higo Severino Cardoso, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 275-283, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

De outro norte, o Município de Três Lagoas também recorre afirmando, em suma, que:

> *"A presente sentença merece ser reformada, vez que não está abalizada nas provas constantes nos autos, tão pouco com a verdade dos fatos, como se demonstrará a seguir: Inicialmente, resta esclarecer que a obra de restauração asfáltica na Avenida Ponta Porã foi realizada pela Empresa Construtora Jupiá LTDA, conforme Contrato de Execução de Obras nº 517/AJ/2011 firmado entre o Município e a Empresa (em anexo), assim a placa que, em tese, ocasionou o acidente de trânsito foi posta naquele local por tal empresa. (f. 268).*
>
> *O município firmou com a Construtora Jupiá instrumento contratual para execução de obras de restauração asfáltica com lama asfáltica grossa na Avenida Ponta Porã, conforme cláusula primeira. (f. 268).*
>
> *O contrato fora assinado no dia 09/11/2011, sendo que o Município autorizou o início da obra na mesma data, nos termo da ordem de serviço em anexo. Ressalta-se que na cláusula oitava, item 8.5, expressa que é de responsabilidade da contratada (Construtora Jupiá) a sinalização dos serviços durante a execução da obra. (f. 268).*
>
> *(...) a r. sentença não emprega parâmetros razoáveis para a fixação do dano moral, eis que exorbitante o seu arbitramento, sendo que o apelado não ficou com qualquer sequela, tendo hoje sua total integridade física, caracterizando assim enriquecimento sem causa. (f. 269)."*

Por derradeiro, requer *"(...) que seja conhecido e provido o recurso de Apelação em ambos os efeitos, reformando-se a respeitável sentença, julgando totalmente improcedente a Ação de Indenização por Danos Morais, conforme os pontos atacados no presente recurso, por ser medida de inteira justiça. No entanto, caso este não seja o entendimento desta Turma, requer seja o quantum indenizatório minorado, diante dos esforços despendidos pela apelante em solucionar o caso concreto."* (f. 270).

Weslei Higo Severino Cardoso, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 275-283, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

A Construtora Jupiá Ltda, ora apelada, não apresentou contrarrazões (f. 300).

Weslei Higo Severino Cardoso, por sua vez, apela, sustentando, em resumo, que:

> *"O Recurso Adesivo interposto pelo Recorrente merece prosperar, pois se apresenta incorreto o entendimento magistral da sentença de fls. 193/206 unicamente a pequena condenação em honorários advocatícios, aqueles arbitrados no montante R$ 1.000,00 para este patrono (f. 206), devendo ser reforma a r. sentença somente neste tópico, majorando o valor de 10% a 20% sobre o valor dado à condenação, que é de R$ 24.881,09. (f. 285).*

> *O Juízo monocrático no caso in tela, não agiu com costumeiro acerto, aplicando a lei civil e processual civil de maneira injusta e errônea quanto à sucumbência, pois, o artigo 20 § 3º do Código de Processo Civil estabelece o mínimo de 10%, e o mínimo neste caso seria R$ 2.488,10, portanto, a reforma é medida que se impõe. (f. 285).*
>
> *No caso em tela, o processo perdura há mais de 02 anos e possui dois volumes, com mais de 250 folhas, houveram 02 audiências, sendo uma de conciliação e outra de instrução processual, oitiva das testemunhas e interrogatórios, ainda, foram protocolados inúmeras petições, como contestação e documentos, graças a colheita de documentos em diversos órgãos deste ente federativo, como o próprio Julgador comprovou em sua decisão. (f. 288).*
>
> *Portanto, dadas as peculiaridades do caso, o peticionamento a tempo, o zelo profissional, a natureza e importância da causa, o trabalho deste advogado e o tempo exigido pelo serviço, nada mais justo, correto e compensatório do que majorar os honorários sucumbenciais, pela equidade e a delimitação do artigo 20 com seus parágrafos e alíneas. (f. 288).*
>
> *Por fim, requer "(...) a reforma da r. sentença de primeiro grau somente quanto ao valor arbitrado de honorários advocatícios, provendo o Recurso Adesivo e condenando os Recorridos entre 10% e 20% do valor dado à causa ou da sentença, visto que seria a indenização correspondente à realidade do trabalho desenvolvido."* (f. 289).

O Município de Três Lagoas, ora apelado, apresentou contrarrazões às fls. 293-299, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

A Construtora Jupiá Ltda, ora apelada, não apresentou contrarrazões (f. 300).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Construtora Jupiá Ltda, pelo Município de Três Lagoas e por Weslei Higo Severino Cardoso contra a sentença (fls. 193-206) proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais em epígrafe.

A sentença hostilizada, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi vertida nos seguintes termos:

> *"Quanto à responsabilidade dos Requeridos há que se ressaltar que em momento algum negaram a ocorrência do acidente, limitando-se a transferirem a culpa do acidente ao Autor, e a Construtora Jupiá Ltda sustentou ainda que retirava todos os dias no final da tarde as placas que utilizava para indicar a realização da obra. (f. 197)*
>
> *No caso dos autos, restou devidamente comprovada a omissão do Poder Público, tanto do Município de Três Lagoas quanto da empresa prestadora de serviço público, ao não utilizarem placas de sinalização antecedente na Avenida Ranulpho Marques Leal indicando a realização de obras logo no início da Avenida Ponta Porã, também demonstrada pelo fato da placa atingida pelo Requerente não ser refletiva além da ausência de iluminação pública na via. (f. 197)*
>
> *De início, cabe ressaltar que a requerida Construtora Jupiá Ltda não se desincumbiu de seu ônus de comprovar sua alegação que retirava suas placas de sinalização todos os dias após as 17h dos locais em obras. (f. 197)*

(...) pelo depoimento das testemunhas compromissadas, que não havia qualquer forma de sinalização antecedente acerca da realização de obras naquele trecho onde ocorreu a colisão do Autor na placa, afirmando todos que não havia placas ou cones que informavam da interdição da via, senão aquelas localizadas exatamente no local onde iniciava-se a obra. A testemunha Osvaldo José dos Santos, motorista da empresa Jupiá, em suas declarações também afirmou que não existia placa antecedente que advertia da interdição logo a frente. (fls. 198-199)

No entanto, a negligência dos Requeridos não parou por ai, posto que consubstanciada também no fato da placa atingida pelo Autor não ser refletiva e o local do acidente não contar com iluminação pública. (f. 199)

Portanto, seja pela ausência de pré-sinalização, pelo fato da placa atropelada não ser refletiva e pela ausência de iluminação pública, está demonstrada a culpa dos Requeridos e, em via de consequência, o dever de reparar os danos. (f. 200)

Por outro lado, tenho que a alegação de que o Autor poderia ter freado ou desviado da placa também não serve para afastar a culpa do Requeridos. (f. 201)

Mais uma vez, pela análise da prova testemunhal produzida, é possível constatar que a interdição da via era feita por duas placas e uma rede de proteção estendida de um lado até o outro da via interditada, obstáculos estes localizados a aproximadamente 50 (cinquenta) metros da via que dá acesso a Avenida Ponta Porã, o que impossibilitou o desvio ou freagem da motocicleta, já que, conforme demonstrado, não havia placas de pré-sinalização alertando acerca da interdição. (f. 201)

Na espécie, conquanto tenha causado danos morais no Autor, que teve luxação acrômio-clavicular do ombro esquerdo e fratura do 1º quirodáctilo direito, conforme laudo pericial juntado às fls. 148/152 realizado na Ação de Cobrança do seguro DPVAT movido pelo Requerente, tendo que submeter-se a intervenções cirúrgicas, ficar sem trabalhar por quase 01 (um) ano conforme relato testemunhal, e mesmo assim, amargar a notícia que é portador de invalidez parcial permanente do membro superior esquerdo e redução funcional de grau médio do 1º quirodáctilo direito, é inquestionável que o acidente e as lesões provocadas repercutiram na sua vida e bem-estar. (f. 204)

Tenho assim, que a fixação da indenização em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) atende aos critérios já explicitados, não sendo vil a ponto de não determinar punição, mas também não é exacerbado a gerar enriquecimento ilícito. (f. 205)

E com base nesses parâmetros, considerados os efeitos psíquicos e sensoriais experimentados em razão de todo o mal-estar, bem como as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso, afigura-se razoável o arbitramento da indenização a título de reparação dos danos morais em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). (f. 205)

Por todo o exposto, julgo procedente a presente demanda indenizatória, para condenar solidariamente os Requeridos a pagarem ao Autor, a título de danos materiais, a quantia de R$ 4.881,09 (quatro mil, oitocentos e oitenta e um reais e nove centavos), atualizados monetariamente pelo IPCA/IBGE desde o ajuizamento da ação, acrescidos de juros de 1% ao mês desde a citação até o pagamento, e danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) incidindo, para a atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, uma única vez sobre o valor, desde a data da sentença até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09. (f. 206)

> *Isento de custas o Município o Três Lagoas, condeno a Construtora Jupiá Ltda ao pagamento de 50% do valor das custas processuais, e solidariamente os Requeridos deverão arcar com os honorários sucumbenciais ao Patrono do Autor que fixo, diante da qualidade dos trabalhos, em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. (f. 206)"*

Do recurso interposto pela Construtora Jupiá Ltda.

Insurge-se a empresa apelante contra a sentença, afirmando que, no caso, houve exclusiva responsabilidade da vítima pelo acidente de trânsito, porquanto ela teria agido sem as devidas cautelas de praxe.

Resta incontroverso nos autos que a ora recorrente prestava serviços para o Município de Três Lagoas, na execução da obra de restauração asfáltica no local em que ocorreu o acidente.

Assevera a ora apelante que nos trechos em obras, as placas de sinalização eram retiradas todos os dias às 17h e a via era liberada para o fluxo de veículos, portanto a placa que eventualmente deu causa ao sinistro em epígrafe não era de sua propriedade.

Não obstante, a testemunha Rudiney Andrade Macedo afirmou no depoimento prestado em audiência que a moto colidiu com a referida placa e que a via estava interditada, não havendo sinalização anterior mencionando a interdição. Asseverou ainda que a placa não era refletiva, porquanto seu veículo estaria próximo ao objeto e, em razão disso, pôde constatar referido fato.

Insta salientar que a testemunha supracitada, devidamente compromissada, encontrava-se em local próximo ao acidente na hora do acontecimento, chegando ao local minutos depois do ocorrido.

Ademais, conforme frisado pelo juízo *a quo,* as testemunhas confirmam que não havia qualquer sinalização antecedente acerca da realização das obras no trecho da colisão, tendo inclusive referido fato sido corroborado pela testemunha Osvaldo José dos Santos, motorista da empresa apelante.

Ou seja, a Construtora Jupiá não se desincumbiu do ônus de provar que não havia placas de sua propriedade no local do acidente, nem de que eventuais placas ali existentes seriam refletivas.

Quanto à afirmação de ausência de boletim de ocorrência, na espécie, é cediço que mencionado documento não é imprescindível à elucidação dos fatos, desde que existam outras provas capazes de comprovar o alegado.

Nesse sentido, eis recente precedente:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA SEGURADORA E DO AUTOR – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO POR INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL – AUSÊNCIA DE JUNTADA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA – DESNECESSIDADE – ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – SUCUMBÊNCIA EXCLUSIVA DA SEGURADORA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSÁRIA MANIFESTAÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS – RECURSO DA SEGURADORA NÃO PROVIDO E RECURSO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *I - **Não há necessidade do boletim de ocorrência ante a presença de outros elementos hábeis a comprovar o acidente de trânsito e o dano decorrente**.*
>
> *II - Em observância ao princípio da causalidade, ainda que o valor arbitrado a título de seguro obrigatório por invalidez permanente permaneça aquém daquele pretendido inicialmente, a seguradora deve arcar integralmente com as custas processuais e os honorários advocatícios.*

IV - Se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessário expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelo recorrente.[1]*"* (Grifei)

Quanto ao pleito de redução do valor dos danos morais arbitrados não vislumbro haver necessidade de minoração dos mesmos, isso porque a gravidade das lesões atestadas – luxação do ombro esquerdo, fratura do dedo da mão direita e do antebraço direito – , bem como o fato de a vítima ter ficado aproximadamente 1 (um) ano afastada de suas atividades profissionais, somado ao fato de que a empresa recorrente possui boa condição financeira, permitem concluir que a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) afigura-se montante indenizatório razoável no caso em comento.

Igualmente, não prospera a alegação de que a vítima concorreu para o dano, porquanto, em razão da dinâmica dos fatos – falta de iluminação da via, ausência de placas a uma distância razoável do trecho interditado e inexistência de placas refletivas –, conclui-se que não houve tempo de reação/frenagem por parte daquela.

Portanto, não merece guarida o apelo da Construtora Jupiá Ltda.

Do recurso interposto pelo Município de Três Lagoas.

O município recorrente afirma que não é responsável pelo acidente ocorrido, porquanto a primeira apelante seria a responsável pelas obras naquele local.

Sem razão o município recorrente.

Com efeito, restou incontroverso nos autos, mormente pelos depoimentos testemunhais, que o trecho no qual ocorreu o acidente não era iluminado.

Ora, tal incumbência é do município recorrente, restando clara sua omissão no caso.

Estando comprovada a omissão do ente público, aplica-se a teoria da culpa administrativa na modalidade da culpa subjetiva, devendo demonstrar a vítima que houve imprudência, negligência ou imperícia da administração, descuidos esses que concorreram para o acidente.

No caso, está demonstrado que o município de Três Lagoas incorreu em culpa ao não se desincumbir de seu dever de implantação de iluminação pública no local do fato.

Nesse passo, é imperioso a condenação do município apelante a ressarcir os danos causados à vítima do acidente.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça que:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE EM VIA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE ILUMINAÇÃO NA VIA – DEVER DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL - FALTA DO SERVIÇO - TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

1 – Nas hipóteses em que se denuncia a ocorrência de evento danoso decorrente da falta do serviço, ou mesmo de seu funcionamento defeituoso, compete ao autor comprovar a culpa do Ente Estatal por tratar-se de responsabilidade de natureza subjetiva (teoria da culpa administrativa).

2 – Recurso desprovido."[2]

1 Apelação - Nº 0803609-23.2015.8.12.0001. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento 12.4.2016.

2 Apelação - Nº 0040963-23.2012.8.12.0001. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento 17.12.2015

O recurso do município apelante, portanto, deve ser improvido.

Do recurso interposto por Weslei Higo Severino Cardoso.

A insurgência do ora apelante cinge-se em questionar o valor dos honorários advocatícios arbitrados pelo juízo *a quo* em R$ 1.000,00 (mil reais).

Sem razão também o recorrente.

Consigne-se que a sentença atacada fundamentou a fixação da verba advocatícia no art. 20, § 4º, do CPC de 1973, o qual previa o seguinte:

> *"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*
>
> *§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."*

Note-se que houve sucumbência da Fazenda Pública no caso concreto e que a magistrada de piso, juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, arbitrou equitativamente os honorários advocatícios, levando em conta a complexidade da causa, bem como o valor dado na inicial.

O presente apelo, portanto, deve ser, como os demais, improvido.

Ante o exposto, nego provimento às apelações cíveis interpostas, respectivamente, pela Construtora Jupiá Ltda, pelo Município de Três Lagoas e por Weslei Higo Severino Cardoso, mantendo íntegra a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0002923-06.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – APREENSÃO/PRISÃO INDEVIDA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – ADEQUADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O reconhecimento da responsabilidade civil depende da verificação da conduta lesiva, dano, nexo de causalidade entre eles a culpa. A apreensão/prisão indevida de pessoa por erro na expedição de mandado judicial caracteriza fato lesivo indenizável, sendo presumível o dano e o nexo de causalidade entre eles. A norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, atribui ao Estado responsabilidade objetiva, em que a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa.

O artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, prevê que o Estado deverá indenizar o condenado por prisão além do tempo fixado na sentença, aplicando-se analogicamente ao caso em tela.

Preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, forçoso reconhecer o dever de indenizar.

A indenização por dano moral não leva a ressarcimento, mas à compensação. Já para o causador do dano, representa forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Os honorários advocatícios devem ser mantidos, uma vez que arbitrados em consonância com os critérios equitativos previstos nas alíneas "a, b, c" do § 3º e § 4º, do art. 20, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação visando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido feito nesta ação de indenização por danos morais ajuizada por Naraiane Serafim de Souza. Aduz que não existe o dever de indenizar, tendo os agentes policiais agido no estrito cumprimento

do dever legal, eis que existia mandado de apreensão em aberto, sendo certo que a autora ficou retida por somente algumas horas. Alega, ainda, que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a correção monetária e os juros de mora devem ser fixados no mesmo índice da caderneta de poupança, nos termos do que dispõe a lei n. 9.494/97. Insurge-se, por fim, quanto ao arbitramento dos honorários em R$ 1.500 (Um mil e quinhentos reais), valor que representa 30% do valor da condenação e não observa os percentuais máximos estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Pugna pelo provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pedido inicial ou, alternativamente, minorando o valor da condenação e honorários, com aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Em contra-razões a apelada punga pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Naraiane Serafim de Souza em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, ao fundamento de que esta fora indevidamente recolhida após expedição equivocada de mandado de busca e apreensão de adolescente pelo juízo da Infância e Juventude da Comarca de Aquidauna. Consta do feito que a autora, juntamente com outra adolescente, cometera ato infracional, ocasionando o oferecimento de representação contra ambas pelo Ministério Público Estadual. Proposta e homologada a remissão em relação ao processo para apuração da transgressão, a autora cumpriu as obrigações impostas, sendo extinto o feito em relação a esta. Nada obstante, não tendo a outra adolescente cumprido as condições estabelecidas na remissão, fora dado seguimento ao feito em relação àquela menor, ocasionando, posteriormente, a equivocada expedição de mandado de busca e apreensão da autora, o que culminou com sua retenção pela autoridade policial no período de 09:40hs até as 19:55hs do dia 12 de setembro de 2009.

O pedido feito na ação fora julgado procedente, com a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), aplicando-se sobre tal valor, a partir da data do arbitramento, ocorrido em 29 de julho do de 2015, correção monetária com base no IPCA-E e juros moratórios a partir do evento danoso, observando-se os índices da caderneta de poupança até a data de 25/03/2015 e, após, 6% (seis por cento) ao ano. Os honorários advocatícios foram fixados em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Inconformado com a decisão o Estado interpõe recurso de apelação, aos fundamentos já elencados no relatório.

Pois bem.

Responsabilidade civil

A responsabilidade civil depende da verificação da conduta lesiva, dano, nexo de causalidade entre eles e culpa.

No caso em tela, o cumprimento do mandado de busca e apreensão de adolescente fora erroneamente expedido, já que em relação à autora o processo havia sido extinto. Frise-se que a apreensão e encaminhamento para uma cela da Delegacia de Anastácio ocorreu por volta das 9h40min. do dia 12/09/2009 e somente foi liberada por volta das 19h55min do mesmo dia, após seu advogado ter peticionado ao juiz de plantão (f.35)

O nexo de causalidade é intuitivo, posto que presumível o dano moral em decorrência da apreensão ilegal.

Ademais, a norma inserta no art. 5º, inciso LXXV, prevê o direito à indenização ao condenado que permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Confira:

> *"(...) o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença ."*

Assim, de forma análoga, a indenização também será devida se não existia condenação ou mesmo processo de ato infracional em desfavor da vítima.

Por sua vez, a norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, estabelece que o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. E a obrigação de indenizar decorrente da teoria da responsabilidade objetiva (risco administrativo), prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa, sendo necessária apenas a demonstração do dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido.

Assim, tendo em mente a responsabilidade objetiva, tem-se por preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, ou seja, o dano e o nexo causal, sendo inegável a dor moral da apelada ao ter restrita indevidamente sua liberdade.

Tal entendimento encontra guarida na jurisprudência pátria, inclusive em julgados do STJ. Confira:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO E PROCESSO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 279/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 24.11.2011. A análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo demandaria a reelaboração da moldura fática delineada na origem, inviável em sede recursal extraordinária, em face do óbice da Súmula 279/STF.* ***A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, salvo nos casos objeto do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal – erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença –, e daqueles expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais****. Precedentes. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido."* (STF - ARE: 752938 RS , Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 10/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 Divulg 23-09-2013 Public 24-09-2013) frisei

E ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. PRISÃO ALÉM DO TEMPO FIXADO NA SENTENÇA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. 1. A norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República, consagra a teoria da responsabilidade objetiva, também denominada de teoria do risco, em que a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa. 2. A prisão além do tempo fixado na sentença configura constrangimento a caracterizar o dano moral. 3. A vítima de lesões a direitos de natureza não patrimonial deve receber soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias. 4. A correção monetária e os juros de mora incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública são aqueles aplicados à caderneta de poupança, nos termos da nova redação do*

art. 1º-F, da Lei nº 9.494, dada pela Lei nº 11.960/09." (TJ-MG - AC: 10024110150190001 MG , Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 05/09/2013, Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/09/2013)

*"APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO "EX OFFICIO". AGRAVO RETIDO. JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO TRIENAL DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS. DANO MORAL. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMPROVADOS. "QUANTUM". FIXAÇÃO. RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. CARGO EM COMISSÃO. MOTIVAÇÃO DISPENSADA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. I - O STJ assentou que, independentemente do valor atribuído à causa, seja submetida ao reexame toda sentença ilíquida desfavorável aos entes federados, suas autarquias e fundações. II - O juiz, por força do princípio da livre persuasão racional, detém prerrogativa de indeferir, motivadamente, a produção de provas desnecessárias ou inúteis à solução da lide, sem que isso importe ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, LV, da Carta Magna. III - O STJ, no julgamento do REsp n.º 1.251.993/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que a prescrição das pretensões indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal. IV - **No que tange à responsabilidade do Estado, conclui-se inicialmente que sempre responderá objetivamente (sem a necessidade de aferição de culpa) por atos praticados por seus agentes que causem danos a terceiros, impondo-se a análise da ocorrência do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade.** V - A prisão em flagrante, de acordo com o art. 302 do CPP, exige que o preso esteja cometendo, tenha acabado de cometer ou seja perseguido em situação que faça presumir o cometimento da infração penal; logo, ilegal e arbitrária a prisão com contornos de flagrante urdido. VI - O arbitramento do montante indenizatório a título de danos morais deve amparar-se, dentre outros aspectos, nas condições do ofensor, bem como nos prejuízos sofridos pela vítima, sendo fixado em observância aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que não seja irrisório e sequer fonte de enriquecimento sem causa, atingindo-se a finalidade punitiva e pedagógica. VII - A rescisão do contrato de trabalho de servidor ocupante de cargo em comissão pode ser imotivada, sem que isto implique arbitrariedade ou causa injusta. V.V.: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE ESTATAL - ATUAÇÃO JURISDICIONAL - ERRO JUDICIÁRIO - PRISÃO EM FLAGRANTE -PRISÃO PREVENTIVA - ATOS JUDICIAIS - INSTRUMENTOS DE CONTROLE E REVISÃO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. 1. **O Estado só responderá objetivamente por danos morais causados por atos judiciais nos casos de condenação por erro judiciário, prisão além do tempo fixado na sentença e hipóteses expressamente previstas em lei.** 2. Decretos judiciais de prisão em flagrante e de prisão preventiva, emanados regularmente e para cumprimento de normas legais, não caracterizam erro judiciário, ainda que o acusado venha a ser absolvido ao cabo do processo judicial. 3. O ordenamento jurídico contém instrumentos de controle e revisão dos atos judiciais e eventual reforma ou reconsideração, resultante do manejo desse aparato, não pressupõe a ilegalidade. 4. Para o fim de indenização por danos morais decorrentes de prisão e processamento de cidadão, pela suposta prática de crime, imprescindível a prova da irregularidade ou abusividade na condução do processo ou de ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.*" (TJ-MG - AC: 10701100390890004 MG , Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 20/05/2014, Câmaras Cíveis / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/05/2014) destaquei

Fixada essa premissa e verificado o *an debeatur*, impõe-se a análise do *quantum debeatur*, tendo em vista o pedido alternativo do recorrente de redução do valor da indenização.

O juízo *a quo* fixou a indenização por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que unicamente o réu questiona, considerando-o excessivo. Todavia, importa deixar claro que a indenização por dano moral para a vítima não leva a ressarcimento, mas à compensação. Já para o causador do dano, representa forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário**,**

> *"(...) quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido"* (Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Forense, 1997, p.97).

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 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. Para o arbitramento do dano moral deve-se então levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

In casu, levando em conta todos esses fatores, entendo que a quantia arbitrada deve ser mantida, vez capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o ofensor torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Juros e Correção monetária

Quanto à fixação dos juros e correção monetária denota-se que devem ser mantidos os parâmetros fixados pelo juízo singular.

Explico. A Lei n.º 11.960/09, que alterou a redação do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI n. 4.357/DF. O plenário da Suprema Corte, em julgamento da questão de ordem sobre a modulação dos efeitos da decisão, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade no sentido de manter a aplicação do Índice Oficial de Remuneração Básica da Caderneta de Poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n. 062/2009 (e do art. 1º-F, da Lei 9.494/97), até 25/03/2015, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA.

Referida decisão restou assim ementada:

> *"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE "SUPERPREFERÊNCIA" A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO*

DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. (...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (...)" (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Acórdão Eletrônico DJe-188 Divulg 25-09-2014 Public 26-09-2014)

Quanto à questão de ordem restou assentado:

"EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA

> *CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (...).”* (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, Processo Eletrônico DJe-152 Divulg 03-08-2015 Public 04-08-2015)

Assim, em conformidade com a orientação sedimentada, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 25 de março de 2015 a Fazenda Pública responde por juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E. No período anterior, também por força de decisão vinculante da Suprema Corte, vigoram os termos do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, ou seja, juros e correção na forma da poupança.

Em outras palavras, reconhecida uma obrigação ao pagamento de valores contra o Estado, incidirão:

> *“1) antes de 29 de junho de 2009 (data de vigência da Lei 11.906/09) juros de mora de mora de 6% ao ano (REsp 1.086.944/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJ 04/05/2009, regime de recursos repetitivos) e correção monetária pelo IPCA (REsp 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC). Esses índices já vinham sendo praticados por esta Corte (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2011.022553-4/0000-00 – Amambai, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 27.10.2011);*
>
> *2) depois de 29 de junho de 2009 (data de vigência da Lei 11.906/09, que alterou o art. 1º-F, da Lei 9.494/97) e até 25 de março de 2015 (data da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.960/09, na ADI 4357/DF) incidirão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança;*
>
> *3) após 25 de março de 2015 incidirão juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E.”*

À luz destas considerações, adotando os parâmetros fixados, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, e tendo em vista que não houve recurso de apelação por parte da autora, e ainda por não ser o caso reexame necessário (condenação inferior a 60 salários mínimos), deve ser mantida a sentença quanto à fixação da correção monetária com base no IPCA-E, eis que o arbitramento se dera aos 29 de julho do ano de 2015, e juros moratórios incidentes a partir do evento danoso, com observação dos índices da caderneta de poupança até a data de 25 de março de 2015, e após, do índice de 6% ao ano, este mantido por força da impossibilidade de *reformatio in pejus.*

Dos honorários advocatícios.

O Estado de Mato Grosso do Sul se insurge contra o valor dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00, eis que tal valor corresponde a 30% do valor da condenação, o que extrapola os limites previstos no art. 20, § 3º, do CPC, requerendo sua redução para o percentual mínimo de 10%.

A fixação dos honorários advocatícios, segundo temática adotada pelo art. 20 do CPC, depende da natureza do provimento jurisdicional entregue. Confira: *“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções,*

embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz" (§ 4º). "*Havendo condenação, os honorários devem ser fixados entre 10 e 20% sobre o valor desta*" (§ 3º).

É possível concluir, assim, que nas hipóteses do § 3º, há um limite mínimo e máximo para a fixação dos honorários, e nas hipóteses do § 4º, não. Em qualquer caso, entretanto, prevalecem os critérios objetivos estabelecidos nas alíneas do § 3º, do art. 20 do CPC, assim redigidas:

> *"a) o grau de zelo do profissional;*
>
> *b) o lugar de prestação do serviço;*
>
> *c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."*

Revelam os autos que houve condenação e que foi vencida a Fazenda Pública, pelo que se aplica a fixação equitativa, vale dizer, sem limites mínimo ou máximo, razão pela qual os honorários poderão ser arbitrados acima de 20% ou abaixo de 10%.

Assim é que, levando em conta que a presente demanda já tramitava há mais de 04 quatro) anos, quando proferida a sentença; que o escritório do advogado da autora localiza-se em comarca diversa, e ainda, sopesando os elementos balisadores transcritos acima, tenho que a verba honorária fixada em R$ 1.500,00, não se mostra excessiva, devendo, pois, ser mantida.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, ficando ratificado os termos da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0005598-42.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, C/C PERDAS E DANOS – NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – IMPLEMENTAÇÃO DE RUA NO LOTE DOS AUTORES – DEVER DE INDENIZAR – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – IRRELEVANTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os fatos alegados por ambas as partes são incontroversos nos autos, restando a discórdia em relação ao direito aplicável. Sendo assim, absolutamente desnecessária a realização de audiência de instrução, daí porque rejeita-se a nulidade por cerceamento de defesa.

Na hipótese ocorreu a desapropriação indireta, uma vez que o Município de Três Lagoas destinou à via pública o terreno de propriedade particular.

Se este terreno era ou não área de preservação permanente - APP - é irrelevante à solução da lide, pois nada impede que uma APP seja propriedade particular e tenha valor econômico. A destinação de imóvel particular à preservação permanente não o torna bem público, de modo que sua apropriação pelo Município gera dever de indenizar o proprietário.

RECURSO ADESIVO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O valor de honorários arbitrado pelo juízo *a quo* se apresenta adequado, considerando, sobretudo, a simplicidade da matéria em questão, o julgamento antecipado da lide e o valor atribuído à causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Município de Três Lagoas interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de desapropriação indireta, c/c perdas e danos, que lhe move Anderson Clayton César da Silva e Ely Queiroz da Silveira Silva. Sustenta, em síntese, que a sentença

merece reforma porque não está amparada na prova dos autos. Afirma que a área objeto da demanda está localizada na faixa de 50 metros ao entorno de corpos d'água onde é vedado edificar de acordo com o Plano Diretor. Afirma que executou a construção de uma ciclovia, conforme autoriza a Resolução n. 369/2006 do CONAMA para projetos de utilidade pública. Entende óbvio não ter o dever de indenizar o autor a título de desapropriação, sobretudo sem designação de audiência de instrução, na qual iria trazer novos documentos e testemunhas importantes, como o Secretário de Obras do Município. Pugna pelo provimento.

A Defensoria Pública interpõe recurso adesivo. Insurge-se contra valor dos honorários de sucumbência, considerando irrisórios os R$ 1.000,00 arbitrados pelo juízo na sentença. Afirma que se dividida a quantia pelos três anos do processo teria cerca de R$ 27,00 de remuneração. Aduz que devem ser considerados os critérios dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Cita doutrina e jurisprudência. Pugna pelo provimento para majoração da verba honorária para R$ 3.500,00.

As partes apresentaram contrarrazões recíprocas.

O juízo *a quo* não submeteu a sentença à reexame necessário, tendo em vista o valor da condenação, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC/73.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

O Município de Três Lagoas interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de desapropriação indireta, c/c perdas e danos, que lhe move Anderson Clayton César da Silva e Ely Queiroz da Silveira Silva.

A Defensoria Pública interpõe recurso adesivo.

O juízo *a quo* não submeteu a sentença à reexame necessário, tendo em vista o valor da condenação, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC/73.

Pela ordem de prejudicialidade das matérias, analiso primeiramente o recurso do Município.

Consoante relatado, sustenta o apelante que a sentença merece reforma porque não está amparada na prova dos autos. Afirma que a área objeto da demanda está localizada na faixa de 50 metros ao entorno de corpos d'água onde é vedado edificar de acordo com o Plano Diretor. Afirma que executou a construção de uma ciclovia, conforme autoriza a Resolução n. 369/2006 do CONAMA para projetos de utilidade pública. Entende óbvio não ter o dever de indenizar o autor a título de desapropriação, sobretudo sem designação de audiência de instrução, na qual iria trazer novos documentos e testemunhas importantes, como o Secretário de Obras do Município. Pugna pelo provimento.

Ainda que ao final do apelo, verifico que o apelante sugere a nulidade da sentença por cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide. Ocorre que os fatos alegados por ambas as partes são incontroversos nos autos, restando a discórdia em relação ao direito aplicável.

Sendo assim, absolutamente desnecessária a realização de audiência de instrução, razão pela qual rejeito a nulidade alegada.

No mérito, se extrai dos autos que o Município projetou e construiu uma rua por onde se encontrava o lote de propriedade dos autores/apelado, pelo que pretendem ser indenizados. O Município contestou alegando que a área em questão era destinada a preservação permanente, não havendo dever de indenizar.

Sobre a desapropriação, tanto direta, quanto indireta, necessárias algumas considerações. A desapropriação é procedimento formal que tem seus pressupostos estabelecidos na Constituição Federal Brasileira e legislação ordinária, estando totalmente disciplinado em lei. Entretanto, as disposições legais referentes à desapropriação são postas de lado em determinados casos pelo Poder Público.

Concernente à desapropriação indireta, o procedimento é diferente, sendo que sobre o tema oportuno o escólio de Silvio de Salvo Venosa[1], que explicita:

> *"No curso da atividade de ocupação incumbiria ao proprietário ou possuidor valer-se dos meios potestativos do ordenamento, a começar pelos remédios possessórios para impedir a consumação do desapossamento. No entanto, encontrando-se a situação consumada, a coisa privada está efetivamente na posse da Administração, servindo a um fim público, como uma praça, um viaduto, uma escola, etc; a isso se consagra a denominação de desapropriação indireta. Na hipótese, ocorre a desapropriação sem o devido processo legal*."

Na mesma obra, sobre a possibilidade de retorno do bem ao domínio privado, assevera:

> *"Se realmente a utilização da coisa preenche as finalidades da expropriação, de utilidade e necessidade pública, ou de interesse social, não será conveniente nem possível fazer com que o bem volte ao domínio privado."*

Confira o conceito de Celso Ribeiro Bastos a respeito da desapropriação indireta.

> *"O apossamento irregular do bem imóvel particular pelo Poder Público, uma vez que não obedeceu ao procedimento previsto pela lei. Esta desapropriação pode ser impedida por meio de ação possessória, sob a alegação de esbulho. Entretanto a partir do momento em que a Administração Pública der destinação ao imóvel, este passa a integrar o patrimônio público, tornando-se insuscetível de reintegração*".

Trazendo esses conceitos para o caso em debate, é de observar que na hipótese ocorreu a desapropriação indireta, uma vez que o Município de Três Lagoas destinou à via pública o terreno de propriedade particular. Se este terreno era ou não área de preservação permanente - APP - é irrelevante à solução da lide, pois nada impede que uma APP seja propriedade particular e que tenha valor econômico.

A destinação imóvel particular à preservação permanente não o torna bem público, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PARCELA DE IMÓVEL. CRIAÇÃO. LAGO ARTIFICIAL. USINA HIDRELÉTRICA. INDENIZAÇÃO PAGA. PRETENSÃO. REPARAÇÃO. PARCELA IMOBILIÁRIA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE DE USO. CULTIVO AGRÍCOLA. CRIAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MERA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. INAPLICAÇÃO. SÚMULAS 39/STJ E 119/STJ. PEDIDO. LUCROS CESSANTES. PREJUDICADO. 1. A desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente, situação em que o proprietário mantém o domínio da gleba mas com restrições impostas por norma de direito ambiental. 2. Essa situação, por caracterizar-se como limitação administrativa, autoriza seja o proprietário indenizado, limitada a sua pretensão, no entanto, ao prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 10 do Decreto-Lei 3.365/1941, disposição de regência específica da matéria. 3. Precedente*

1 Venosa, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2005, pag. 288.

> *idêntico: AgRg no REsp 1.361.025/MG (Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013). 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg nos EDcl no REsp 1334228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 11/12/2013)

Aliás, como bem observou o juízo, trata-se de lote inserido em loteamento aprovado pelo próprio Município.

Logo, tendo sido construída a rua pelo Município no lote dos autores/apelados, inviabilizando seu uso e gozo por eles, sem o respectivo decreto expropriatório, inarredável o dever de indenizar o patente prejuízo dos proprietários pela desapropriação indireta. Inviável reverter o bem ao patrimônio dos autores/apelados, dado o evidente interesse público na rua implantada e os custos ao erário pela obra já realizada.

Nesse sentido, mais uma vez importante trazer à baila a lição de Silvio de Salvo Venosa[2], que ensina:

> *"Nessas situações, cabe ao proprietário prejudicado mover ação de procedimento ordinário para haver do Poder Público a justa indenização."*

Por isso, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município, passando ao exame do recurso adesivo.

A Defensoria Pública interpõe recurso adesivo. Insurge-se contra valor dos honorários de sucumbência, considerando irrisórios os R$ 1.000,00 arbitrados pelo juízo na sentença. Afirma que se dividida a quantia pelos três anos do processo teria cerca de R$ 27,00 de remuneração. Aduz que devem ser considerados os critérios dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Cita doutrina e jurisprudência. Pugna pelo provimento para majoração da verba honorária para R$ 3.500,00.

Porém, o valor de R$ 1.000,00 arbitrados pelo juízo *a quo,* a meu ver, se apresenta adequado, considerando, sobretudo, a simplicidade da matéria em questão, o julgamento antecipado da lide e o valor atribuído à causa.

Note-se que o juízo *a quo* fixou os honorários na sentença proferida em julho de 2015, quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual o artigo 20 é claro ao estabelecer as regras para fixação dos honorários sucumbenciais.

Veja que o § 3º, que estipula a verba honorária entre 10% e 20%, será aplicado quando houver condenação. Entretanto, na condenação contra a Fazenda Pública impõe-se a adoção do disposto no § 4º, que diz:

> *"§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".*

Dessa maneira, ao fixar honorários, o juiz deverá apreciar de forma equitativa o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o que verifico que foi devidamente ponderado pelo juízo singular na sentença combatida.

Por fim, ressalto que a tabela da OAB invocada pela recorrente não se aplica ao caso, porque se refere aos honorários contratados entre cliente e advogado.

2 Ob. Cit.

Tenho, então, que R$ 1.000,00 se apresenta razoável e adequado ao fim que se destina.

Diante de todo o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, assim como ao adesivo, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0811938-92.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – BANCO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – SUSPENSÃO DO PROCESSO REJEITADA (AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE) – CHEQUE EMITIDO EM FAVOR DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL PARA FINS DE QUITAÇÃO DO FUNRURAL – DEPÓSITO EM CONTA DE TERCEIRO – AUSÊNCIA/IMPOSSIBILIDADE DO ENDOSSO – INOBSERVÂNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não merece prosperar pedido de suspensão do processo, uma vez que o processo da alegada ação de restituição de bens promovida pela empresa autora foi extinto antes de proferida a sentença. Ademais, a ação penal noticiada nos autos apura ilícito penal cometido por ex-funcionário da autora (art. 155, § 4º, II, do CP), enquanto que na presente lide busca-se a responsabilização do banco apelante pela má prestação do serviço oferecido (inobservância quanto a irregularidade do endosso constante das lâminas de cheque encaminhadas à compensação), cujo julgamento não depende do resultado a ser alcançado no processo criminal.

As assinaturas constantes do verso das lâminas de cheques objeto de discussão são visivelmente as mesmas assinaturas dos emitentes das lâminas, o que implica na inexistência do alegado endosso. Afora isso, em sendo o beneficiário dos cheques pessoa jurídica de direito público, não seria possível o repasse de valores a terceiros por simples endosso, conforme posicionamento do STJ.

Não há se falar em culpa exclusiva da vítima, pois o fato do funcionário da empresa autora ter praticado o ilícito, por si só não exime o banco da responsabilização pela má prestação do serviço, principalmente quando evidenciado o erro grosseiro da instituição financeira ao não identificar a ausência de endosso.

APELAÇÃO CÍVEL – ADVOGADOS DA PARTE AUTORA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No caso em tela os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 20.000,00, em atendimento ao disposto no § 4º do art. 20 do CPC (valor inestimável). Contudo, verificando-se que a ação já tramitava por mais de 02 (dois) anos, bem como o valor econômico envolvido (R$ 1.072.842,19), tem-se que o montante fixado reputa-se indiscutivelmente irrisório. Como é sabido, ao fixar honorários advocatícios o juiz deverá apreciar de forma eqüitativa o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Consequentemente, a verba honorária deve ser majorada para 10% sobre o valor da condenação, por melhor atender às diretrizes traçadas nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Max Lázaro Trindade Nantes e outros e negar provimento ao apelo de Banco do Brasil S/A, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Máx Lázaro Trindade Nentes, Mansour Elias Karmouche e Jean Benoit de Souza, patronos de Kasper & Cia nos autos da ação de indenização promovida em face de Banco do Brasil S/A, interpuseram recurso de apelação objetivando a majoração dos honorários advocatícios. Aduzem que a demanda patrocinada pelos apelantes foi integralmente acolhida, com a condenação do banco requerido ao pagamento dos valores relativos aos cheques compensados de R$ 19.483,28, R$ 32.402,30, R$ 9.938.78, R$ 10.852,91, R$ 7.721,53, R$ 11.586,82, R$ 2.175,00, R$ 3.439,75, R$ 22.620,00, R$ 3.380,98, R$ 35.773,43, R$ 5.460,00, R$ 5.993,95, R$ 33.878,53, R$ 65.339,79, R$ 37.956,49, R$ 10.946,66, R$ 77.544,06, R$ 20.744,04, R$ 82.488,27, R$ 47.815,30, R$ 66.484,44, R$ 148.369,56 e R$ 87.256,07, corrigidos pelo IGP-M/FGV a partir da data da compensação com juros de mora do dia da citação e a cada mês de acordo com a Taxa Selic, fazendo a ressalva de que no período em que se aplicar a Taxa Selic não será cumulada com a correção monetária pelo IGP-M/FGV; que apesar de se tratar de sentença condenatória, para fins de honorários advocatícios foi adotado o art. 20, § 4º, do CPC, fixando-se o valor de R$ 20.000,00. Insurgem-se ao argumento de que a verba honorária deverá ser fixada entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, adotando-se o parâmetro do art. 20, § 3º, do CPC. Pugnaram pelo provimento do recurso.

O Banco do Brasil interpôs recurso de apelação em face de Kasper &Cia Ltda, nos autos da ação de indenização por perdas e danos alegando a existência de relação de prejudicialidade entre a presente demanda e ação criminal que apura os fatos. Destaca que além da ação penal nº 0019521-30.2014.8.12.0001, também tramita ação de restituição de coisa apreendida nº 0823812-40.2014.8.12.0001, instaurada mediante petição da empresa Kasper & Cia Ltda, requerendo reparação pelo mesmo "ilícito" objeto desta ação; que embora o juiz *a quo* tenha indeferido pedido de suspensão do processo até decisão do juízo criminal, resta evidente a prejudicialidade, uma vez que na ação penal discute-se a materialidade do crime, o que na esfera civil implica na ocorrência ou não do fato. Alega que a sentença baseou-se no fundamento de que é obrigação do banco que recebe o cheque a conferência da cadeia de endosso; que, entretanto, os cheques foram simplesmente levados à compensação por depósito no Banco do Brasil, mas quem efetivamente faz o pagamento é o banco onde o emitente possui conta, no caso o Banco Bradesco; que ao acolher o cheque para depósito, o Banco do Brasil é obrigado legalmente a apenas conferir a existência dos requisitos formais, ou seja, se há assinatura e se existe endosso; que em conformidade com o art. 39, parágrafo único, da Lei 7.357/85, a responsabilidade pelo pagamento dos cheques, caso o endosso seja falso, é do Banco sacado, *in casu,* o Banco Bradesco S/A . Por fim, sustenta que ao sentenciar o feito, o juiz *a quo* deixou de considerar a culpa exclusiva da parte autora que entregou as lâminas de cheque a um de seus funcionários para pagamento do Funrural, o qual é realizado mediante GPS – Guia da Previdência Social - e que a parte autora deixou de conferir o serviço de seu funcionária, não exigindo a apresentação da autenticação dos pagamentos (culpa *in ilegendo*). Pugnou pelo provimento do recurso.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 201-211 e 212-215.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Máx Lázaro Trindade Nentes, Mansour Elias Karmouche e Jean Benoit de Souza (patronos de Kasper & Cia), bem como pelo Banco do Brasil S/A, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na presente ação de indenização por perdas e danos promovida por Kasper & Cia Ltda em face do Banco do Brasil S/A.

Do recurso interposto por Banco do Brasil S/A

Insurge-se o apelante alegando a existência de relação de prejudicialidade entre a presente demanda e ação criminal que apura os fatos noticiados na exordial. Destaca que além da ação penal nº 0019521-30.2014.8.12.0001, também tramita ação de restituição de coisa apreendida nº 0823812-40.2014.8.12.0001, instaurada mediante petição da empresa Kasper & Cia Ltda, requerendo reparação pelo mesmo "ilícito" objeto desta ação; que embora o juiz *a quo* tenha indeferido pedido de suspensão do processo até decisão do juízo criminal, resta evidente a prejudicialidade, uma vez que na ação penal discute-se a materialidade do crime, o que na esfera civil implica na ocorrência ou não do fato. Alega que a sentença baseou-se no fundamento de que é obrigação do banco que recebe o cheque a conferência da cadeia de endosso; que, entretanto, os cheques foram simplesmente levados à compensação por depósito no Banco do Brasil, mas, quem efetivamente faz o pagamento é o banco onde o emitente possui conta, no caso, o Banco Bradesco; que ao acolher o cheque para depósito, o Banco do Brasil é obrigado legalmente a apenas conferir a existência dos requisitos formais, ou seja, se há assinatura e se existe endosso; que em conformidade com o art. 39, parágrafo único, da Lei 7.357/85, a responsabilidade pelo pagamento dos cheques, caso o endosso seja falso, é do Banco sacado, *in casu,* o Banco Bradesco S/A . Por fim, sustenta que ao sentenciar o feito o juiz *a quo* deixou de considerar a culpa exclusiva da parte autora que entregou as lâminas de cheque a um de seus funcionários para pagamento do Funrural, o qual é realizado mediante GPS – Guia da Previdência Social - e que a parte autora deixou de conferir o serviço de seu funcionária, não exigindo a apresentação da autenticação dos pagamentos (culpa *in ilegendo*).

Da suspensão do processo (ausência de prejudicialidade)

Razão alguma assiste ao banco apelante quando alega a existência de prejudicialidade em relação a ação de restituição de coisa apreendida nº 0823812-40.2014.8.12.0001 proposta por Kasper & Cia Ltda, na qual estaria sendo pleiteado a reparação pelo mesmo "ilícito" objeto da presente demanda. É que em consulta ao SAJ, verifica-se que o processo da ação de restituição já havia sido extinto por inadequação da via eleita, bem antes de ser proferida a sentença ora recorrida.

Já no que se refere a ação penal nº 0019521-30.2014.8.12.0001, a denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Estadual em face de Ivandro Josef Komm (ex-funcionário da empresa apelada), em razão de estar sendo imputada a prática de delito - furto (art. 155, § 4º, II, do CP). Frise-se que na presente lide busca-se a responsabilização do Banco do Brasil S/A pela má prestação do serviço oferecido (inobservância quanto a irregularidade do endosso constante das lâminas de cheque encaminhadas à compensação), cujo julgamento não depende do resultado a ser alcançado no processo criminal em questão.

Diante de tais circunstâncias, não merece prosperar a alegada prejudicialidade e muito menos o pedido de suspensão, nos termos do que preceitua o art. 265, IV, "a", do CPC.

Do mérito

No intuito de reformar a sentença de procedência, alega o apelante que os cheques objetos de discussão foram simplesmente levados à compensação por depósito no Banco do Brasil, mas quem efetivamente fez o

pagamento foi o banco emitente onde a autora possuía conta, ou seja, o Banco Bradesco; que ao acolher o cheque para depósito o Banco do Brasil é obrigado legalmente apenas a conferir a existência dos requisitos formais, ou seja, se há assinatura e se existe endosso; que os cheques estão endossados, assinados no verso, cabendo ao Banco do Brasil tão somente a conferência da existência do endosso, conforme art. 39 da Lei 7.357/85 e que ao Banco Bradesco caberia a conferência da sua validade e da cadeia.

Novamente, melhor sorte não assiste ao banco apelante.

Pelo que se vislumbra das cópias dos cheques levados à compensação (f. 26-49) pelo Banco do Brasil S/A, claramente se observa que no campo destinado ao emitente consta o nome de Kasper & Cia Ltda, com a oposição de duas assinaturas, as quais foram novamente opostas no verso das respectivas lâminas. Frise-se que no campo destinado ao beneficiário dos cheques constou expressamente o Ministério da Previdência e Assistência Social. Daí que, em tese, somente com o endosso feito pela Administração Pública beneficiária é que se poderia cogitar da regularidade dos depósitos efetuados na conta de terceiro.

Contudo, não foi o que ocorreu.

É que, como já adiantado, as assinaturas constantes do verso das lâminas de cheques são visivelmente as mesmas assinaturas dos emitentes das lâminas. Portanto, resta clara a negligência do banco apelante ao não perceber que se tratavam das mesmas assinaturas, o que implica na inexistência de endosso. E ainda que este não fosse o caso, em sendo o beneficiário pessoa jurídica de direito público, não lhe seria possível o repasse de valores a terceiros por simples endosso.

Nesse sentido, já se posicionou o STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. TÍTULO DE CRÉDITO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.* ***PAGAMENTO DE TRIBUTO*** *ESTADUAL.* ***CHEQUE NOMINAL*** *E CRUZADO* ***DESTINADO À FAZENDA PÚBLICA. ENDOSSO IRREGULAR. DEPÓSITO EM CONTA BANCÁRIA DE TERCEIRO, MEDIANTE FRAUDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS BANCOS SACADO E APRESENTANTE*** *(LEI 7.357/85, ART. 39). CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA (SÚMULAS 43 E 54 DO STJ). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA. ART. 21 DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.* ***Nos termos do art. 39 da Lei do Cheque, de n. 7.357/85, a regularidade do endosso deve ser verificada não só pelo banco sacado, mas também pelo banco apresentante do título à câmara de compensação.*** *Trata-se de responsabilidade solidária pela regularidade da cadeia de endossos. 2.* ***Na hipótese, cabia à instituição financeira apresentante a constatação de que, sendo o cheque nominal*** *e cruzado* ***depositado em conta de particular*** *correntista,* ***emitido em favor da Fazenda Pública para quitação de tributo estadual, não seria possível seu endosso, independentemente de a assinatura no verso da cártula ser ou não autêntica, pois sabidamente as despesas públicas têm seus pagamentos realizados por via de empenho (Lei 4.320/64, arts. 58 e seguintes), exigindo formalidades que não admitem transmissão de cheques de terceiro contribuinte por via de simples endosso.*** *3. A verificação de culpa por parte de preposto da autora, contribuinte emitente do cheque, depende do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ. 4. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), e a correção monetária, da data em que houve o efetivo prejuízo (Súmula 43/STJ). 5. Configuração de sucumbência recíproca, pois não houve procedência do pedido em relação ao ressarcimento da multa de 80% do valor do tributo devido, cobrada pelo fisco estadual. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, em parte, provido."* (REsp 701.381/MT, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 02/05/2012) destaquei.

Portanto, ao contrário do que alega o apelante, sua responsabilização se deve, não em decorrência de ter sido falsificado o endosso, mas sim pela sua efetiva ausência e até impossibilidade legal do beneficiário das lâminas de cheque efetivar o endosso, o que vai de encontro ao que dispõe o art. 39 da Lei 7.357/85, confira:

> *"O sacado que paga cheque ''à ordem" é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque a câmara de compensação."*

Daí que se equivoca o Banco do Brasil quando afirma que a responsabilidade pelos danos causados seria exclusivamente do banco sacado.

Quanto a alegação de culpa exclusiva da vítima, melhor sorte não assiste ao apelante. É que o fato do funcionário da empresa autora ter praticado o ilícito, por si só não exime o banco da responsabilização pela má prestação do serviço, principalmente quando evidenciado o erro grosseiro por parte da instituição financeira ao não identificar a ausência de endosso.

Dito isso, configurada a responsabilidade objetiva, o desprovimento do apelo interposto pelo Banco do Brasil S/A é medida que se impõe.

Do recurso interposto pelos advogados da parte autora

Máx Lázaro Trindade Nentes, Mansour Elias Karmouche e Jean Benoit de Souza, patronos de Kasper & Cia nos autos da ação de indenização promovida em face de Banco do Brasil S/A, interpuseram recurso de apelação objetivando a majoração dos honorários advocatícios. Aduzem que a demanda patrocinada pelos apelantes foi integralmente acolhida, com a condenação do banco requerido ao pagamento dos valores relativos aos cheques compensados de R$ 19.483,28, R$ 32.402,30, R$ 9.938.78, R$ 10.852,91, R$ 7.721,53, R$ 11.586,82, R$ 2.175,00, R$ 3.439,75, R$ 22.620,00, R$ 3.380,98, R$ 35.773,43, R$ 5.460,00, R$ 5.993,95, R$ 33.878,53, R$ 65.339,79, R$ 37.956,49, R$ 10.946,66, R$ 77.544,06, R$ 20.744,04, R$ 82.488,27, R$ 47.815,30, R$ 66.484,44, R$ 148.369,56 e R$ 87.256,07, corrigidos pelo IGP-M/FGV a partir da data da compensação com juros de mora do dia da citação e a cada mês de acordo com a Taxa Selic, fazendo a ressalva de que no período em que se aplicar a Taxa Selic não será cumulada com a correção monetária pelo IGP-M/FGV; que apesar de se tratar de sentença condenatória, para fins de honorários advocatícios foi adotado o art. 20, § 4º, do CPC, fixando-se o valor de R$ 20.000,00. Insurgem-se ao argumento de que a verba honorária deverá ser fixada entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, adotando-se o parâmetro do art. 20, § 3º, do CPC.

Razão assiste aos apelantes.

Com efeito, o artigo 20 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer as regras para fixação dos honorários sucumbenciais. Veja que o § 3º, que estipula a verba honorária entre 10% e 20%, somente será aplicado quando houver condenação.

Ocorre que no caso em tela os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 20.000,00, em atendimento ao disposto no § 4º do art. 20 do CPC (valor inestimável). Pois bem, verificando-se que a sentença em questão tem natureza condenatória e o processo já tramitava por mais de 02 (dois) anos por ocasião da sua prolatação, bem como o valor econômico envolvido (R$ 1.072.842,19), tem-se que o montante fixado reputa-se indiscutivelmente irrisório.

Como é sabido, ao fixar honorários advocatícios o juiz deverá apreciar de forma eqüitativa o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado

pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o que verifico não foi devidamente ponderado pelo juízo singular na sentença combatida.

Assim, entendo que a verba honorária deve ser majorada para 10% sobre o valor da condenação, por melhor atender às diretrizes traçadas nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC.

Confira a jurisprudência:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO. 1. "Embora o julgador não esteja adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos para as hipóteses em que há condenação, deve ele se basear nos parâmetros descritos no art. 20, § 3º, 'a', 'b' e 'c', do CPC"* (REsp 1.042.756/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 3/10/11). *2. Agravo regimental provido para fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre valor atualizado da causa."* (STJ - AgRg no AREsp: 291898 RS 2013/0025892-2, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 17/10/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 07/11/2013)

E ainda,

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE VERBA SUCUMBENCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. .**Os honorários advocatícios devem ser fixados com base na natureza da matéria, na sua complexidade, no tempo despendido pelo procurador da parte, e, principalmente, de forma proporcional ao valor principal da condenação.** Inobstante o valor da condenação não seja considerável e, por conseqüência não o serem os honorários, deve-se ter presente que os honorários são acessórios da condenação e não um fim em si mesmo, não podendo os honorários advocatícios ser arbitrados em valor próximo ao montante da condenação a que foi beneficiada a parte autora da ação de conhecimento. Os honorários devem guardar proporcionalidade com o valor da condenação. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO."* (Agravo de Instrumento Nº 70059824623, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 20/05/2014) frisei

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao apelo interposto pelo Banco do Brasil S/A. No mais, conheço do recurso de apelação interposto por Máx Lázaro Trindade Nentes, Mansour Elias Karmouche e Jean Benoit de Souza e dou-lhe provimento majorando os honorários de sucumbência para 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Max Lázaro Trindade Nantes e outros e negaram provimento ao apelo de Banco do Brasil S/A, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0005089-87.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – SANESUL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA – ART. 15, VI "A", CF – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF – RECURSO NÃO PROVIDO.

Segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a imunidade de que trata o artigo acima transcrito, pode ser estendida às sociedades de economia mista, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).

No caso concreto, verifica-se que a empresa de economia mista – SANESUL – exerce atividade eminentemente pública, com exclusividade, de modo que não fere a livre iniciativa ou concorrência, bem como que do total de seu capital social 99,91% pertencem ao Estado de Mato Grosso do Sul e apenas 0,09% pertencem à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, de forma que preenche os requisitos constitucionais e legais necessários à concessão da imunidade tributária recíproca, de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Fazenda Pública do Município de Naviraí, inconformada com a sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada em face da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A - SANESUL, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que a sociedade de economia mista ao distribuir seus lucros, na forma de dividendos, aos seus acionistas, afasta a imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, IV, "a", § 2º, da Constituição Federal.

Argumenta que a decisão proferida no RE 631309, não se aplica ao caso vertente, uma vez que o capital social da apelada é composto de ações preferenciais, que cede direito ao recebimento de dividendos pelos acionistas, conforme disposto em seu Estatuto Social, condição que afasta a imunidade tributária recíproca.

Prequestiona os artigos 150, §2º e 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

A apelada contrarrazoou às f. 99-107.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Fazenda Pública do Município de Naviraí, contra a sentença proferida nos autos da Execução Fiscal, ajuizada em face da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A – SANESUL.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

> *"Ante o exposto, reconheço a imunidade recíproca da executada e, via de consequência, extingo a presente execução, ante a nulidade da CDA de f. 04.*
>
> *Sem custas, ex vi legis. Condeno o exequente ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), quantia fixada com atenção ao ditames do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.*
>
> *Havendo o trânsito em julgado, arquive-se com as formalidades de praxe.*
>
> *P.R.I.C."*

A apelante afirma que a apelada não faz jus à imunidade tributária recíproca, uma vez que seu capital social é composto de ações preferenciais, cedendo direito aos acionistas ao recebimento de dividendos.

Pois bem. A questão da imunidade tributária recíproca vem tratada no art. 150, inciso VI, alínea "a" e § 2º, da CF/88. *In verbis:*

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI – instituir impostos sobre:*
>
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."*
>
> *Em que pese o argumento do apelante, de que as empresas de economia mista não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, conforme disposto no art. 173, da CF, observa-se que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que*

a imunidade de que trata o artigo acima transcrito, pode ser estendida às sociedades de economia mista, "desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência)."

Confira-se:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART, 150, §3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. 2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). 3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento." (RE 399307 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-076 Divulg 29-04-2010 Public 30-04-2010 Ement VOL-02399-07 PP-01492 RTJ VOL-00216- PP-00529)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. APLICABILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto é abrangida pela imunidade tributária recíproca, nos termos da alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Precedentes. 2. *Agravo regimental desprovido."* (RE 631309 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-081 Divulg 25-04-2012 Public 26-04-2012)

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO DE SANEAMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA RECONHECIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade recíproca é aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. As instâncias ordinárias assentaram que a companhia é controlada pelo Governo do Estado do Espírito Santo e que tem por finalidade essencial os serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, razão pela qual as taxas cobradas a título de serviço teriam por escopo cobrir os custos operacionais, sem qualquer finalidade lucrativa. Dessa forma, o acolhimento da pretensão encontra óbice na Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 763000 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico DJe-190 Divulg 29-09-2014 Public 30-09-2014)

No caso vertente, pela análise dos documentos juntados aos autos, especialmente pela cópia da Ata da Assembleia Geral, verifica-se que o capital social da apelada é dividido em ações, das quais 99,91% pertencem ao Estado de Mato Grosso do Sul e o restante, 0,09% pertencem à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL (f. 47).

Além disso, observa-se que a atividade realizada pela apelada não fere a livre iniciativa ou a concorrência, uma vez que se trata de concessão de serviço público exercido com exclusividade, bem como possui natureza eminentemente pública, haja vista o teor do § 2º de seu Estatuto Social (f. 29), o qual transcrevo:

> *"Art. 2º. A SANESUL tem por objeto social a exploração dos serviços públicos e sistemas privados de abastecimento de água, coleta, remoção e destinação final de efluentes e resíduos sólidos domésticos e industriais e seus subprodutos, de drenagem e manejo de das águas fluviais urbanas, serviços relacionados à proteção do meio ambiente e aos recursos hídricos, outros serviços relacionados à saúde da população, prestação de serviços de consultoria, assistência técnica, e certificação nestas áreas de atuação e outros serviços de interesse para a empresa e para o Estado de Mato Grosso do Sul, dentro e fora de seus limites territoriais."*

Como se vislumbra, a empresa apelada preenche os requisitos constitucionais e legais necessários à concessão da imunidade tributária recíproca, de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito, confira-se os julgados desta Corte acerca da matéria:

> *"EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. SANESUL. RECURSO PROVIDO DE PLANO. DECISÃO MANTIDA. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a imunidade recíproca abrange as sociedades de economia mistas que, dentre outros requisitos, não (i) distribuam lucros direta ou indiretamente a particulares; (ii) tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva); e (iii) não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). Portanto, como a SANESUL não distribui lucros a particulares e tem como objetivo principal o atendimento de políticas públicas de saneamento - não é seu objetivo auferir lucro ao Estado e tampouco exerce atividade em concorrência com empresas privadas -, deve ser reconhecida a abrangência da imunidade recíproca na hipótese."* (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/12/2013; Data de registro: 14/01/2014; Outros números: 80008769201381200295000O)

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TRIBUTÁRIO - PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO - IMUNIDADE RECÍPROCA - ART. 150, VI, "a" CF - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STF - ÔNUS INVERTIDOS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Já está pacificado no Supremo Tribunal Federal que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto, in casu - a SANESUL -, está abrangida pela imunidade tributária recíproca, consoante o artigo 150, VI, "a" da Constituição Federal."* (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/09/2014; Data de registro: 25/09/2014)

"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL MUNICIPAL - IPTU - SANESUL - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO - IMUNIDADE RECÍPROCA - ART. 150, VI, "a" CF - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STF - ÔNUS INVERTIDOS - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Já está pacificado no Supremo Tribunal Federal que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto, in casu a SANESUL , está abrangida pela imunidade tributária recíproca, consoante o artigo 150, VI, "a" da Constituição Federal." (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/12/2014; Data de registro: 22/12/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – SANESUL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA – EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO - IMUNIDADE RECÍPROCA - ART. 150, VI, "a" CF - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STF – RECURSO IMPROVIDO. É aplicável a imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público desde que não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares e não desempenhem atividade econômica que importe vantagem não extensível às demais empresas privadas." (Relator(a): Juiz José Ale Ahmad Netto; Comarca: Bonito; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/11/2015; Data de registro: 25/11/2015; Outros números: 80110883201381200285000O)

"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - TRIBUTO IPTU - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ARGUIDA PELA EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL (SANESUL) - ART. 150, VI, "A", CF - AUSÊNCIA DE DIVISÃO DE LUCROS E DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM REGIME CONCORRENCIAL - IMUNIDADE RECONHECIDA EM FAVOR DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - SENTENÇA REFORMADA - EXECUTIVO FISCAL EXTINTO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Se não há a distribuição de lucros, na forma de dividendos, aos acionistas e nem prepondera o exercício de atividade econômica em regime concorrencial, a sociedade de economia mista, prestadora de serviço de serviço público, faz "jus" à imunidade tributária recíproca disposta no art. 150, VI, "a", § 2º da CF." (Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/07/2013; Data de registro: 19/07/2013)

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relatora, a Exma. Sar. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0823029-82.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA CONDOMINIAL – PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – BARULHO EXCESSIVO EM HORÁRIO DE DESCANSO – INFRAÇÃO DAS NORMAS DA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO – MULTA DEVIDA – REITERADAS ADVERTÊNCIAS – REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA – *QUANTUM* DA MULTA APLICADA – VALOR MANTIDO – AUSÊNCIA DE REFERENDO DO CONSELHO CONSULTIVO – INOCORRÊNCIA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – *QUANTUM* MANTIDO – VALOR JUSTO E RAZOÁVEL E EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 20, § 4º, DO CPC DE 1973 – RECURSO NÃO PROVIDO.

Restando comprovado o descumprimento das normas da Convenção do Condomínio, por parte do condômino, é devida a multa prevista no regulamento.

Estando previsto na Convenção do Condomínio que o dever de se abster de utilizar instrumento sonoro que incomode os demais moradores deve ser atendido de imediato pelo condômino infrator o seu não atendimento de imediato, impondo a necessidade de reiteração das advertências por parte do condomínio, caracteriza a reincidência da infração.

Não há que se falar em ausência de referendo do Conselho Consultivo, havendo nos autos documento, assinado pelos legitimados a representar o Condomínio, informando a deliberação acerca do recurso interposto contra a multa aplicada.

A fixação dos honorários advocatícios nos limites previstos no art. 20, § 3º, do CPC, não é obrigatória podendo o julgador fixa-los conforme sua apreciação equitativa, que no caso concreto foi fixado em valor justo e razoável, de acordo com o art. 20, § 4º do CPC de 1973.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Wellington Luis Cenze, inconformado com a sentença proferida na ação anulatória de multa condominial, ajuizada em face do Condomínio Golden Gate Park, apela a este Tribunal.

Afirma, em síntese, que o critério de valoração das provas utilizado na sentença, não condiz com a veracidade dos fatos, uma vez que o boletim de ocorrência interno e o testemunho do porteiro do condomínio são contraditórios, tornando prejudicada a fundamentação utilizada na sentença recorrida.

Aduz que inexiste fundamento legal a embasar a penalidade imposta, uma vez que é indevida, abusiva e fixada em valor desarrazoado.

Argumenta que a convenção do condomínio prevê uma pena de 10% da URC (Unidade Condominial de Referência) e na reincidência, até 5 (cinco) URC vigentes à época da infração, por dia de descumprimento.

Segundo expõe, o juízo considerou que cada uma das supostas advertências pelo excesso de barulho, fossem nova notificação de infração, afrontando o disposto na convenção coletiva.

Sustenta que não houve referendo do Conselho Consultivo em relação ao julgamento do recurso administrativo apresentado pelo apelante, pois o documento citado na sentença trata-se da Ata da 79ª Assembleia Geral Ordinária, que ocorreu quase quatro meses antes da data da suposta infração.

Ao final requer a reforma da sentença, para o fim de anular a multa aplicada, ou sucessivamente, reduzir o seu valor, bem como que os honorários de sucumbência sejam minorados para a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), em razão de que o valor fixado não obedece as normas do art. 20, § 3º, do CPC.

O Recorrido contrarrazoou às f. 154-164.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Wellington Luis Cenze, contra a sentença proferida nos autos da ação anulatória de multa condominial, ajuizada em face do Condomínio Golden Gate Park.

A sentença recorrida assim dispôs:

> *"DECIDO*
>
> *Trata-se de ação de anulatória de multa condominial aplicada por descumprimento de Convenção e Regimento Interno do Condomínio "Golden Gate Park", em razão de excesso de barulho, com pedido alternativo para redução da multa à 10% da unidade condominial de referência.*
>
> *Inicialmente, tenho por oportuno ressaltar que o atual critério de valoração de provas, qual seja, o da persuasão racional do juiz, permite com que essas sejam apreciadas livremente, de maneira racional e motivada, de forma que o magistrado não se encontra vinculado à valores previamente fixados para qualquer prova válida (art. 131, do Código de Processo Civil).*
>
> *Assinala-se que, de acordo com as regras ordinárias de distribuição dos ônus das provas previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor provar os fatos constitutivos dos direitos que reclama em juízo, e ao réu, os fatos que alega em contraposição àqueles que foram aludidos pelo autor, sejam modificativos, impeditivos ou extintivos.*
>
> *Nesse passo, em que pesem as alegações do requerente, tenho que não lhe assiste razão, eis que o boletim de ocorrência interno lavrado pelos porteiros no dia dos fatos e*

os testemunhos colhidos comprovam os excessos cometidos, eis que não foram acatados os pedidos de diminuição do barulho.

Especialmente, o boletim de ocorrência (f. 60) indica que as reclamações do vizinho à casa do requerente iniciaram-se às 23:00 horas, tendo o porteiro interfonado neste momento para lá, solicitando a diminuição do som, fazendo-o novamente à meia-noite e também às 02:00 horas, sem que fosse atendida a solicitação. Às 02:30 horas, por orientação do síndico, chamou-se a polícia que não compareceu ao local, perdurando o incômodo até as 03:30 horas, somente quando a festa se encerrou.

Inquirido o porteiro presente no dia dos fatos, Sr. Erenildo Alves de Souza, confirmou que houveram várias reclamações do vizinho quanto ao barulho, e que não só foi interfonado à residência do requerente, como também o porteiro Moacir chegou inclusive a ir até o local, solicitando que o barulho diminuísse.

A mesma testemunha afirma que, embora no momento da reclamação o som diminuísse, logo era aumentado de volta, perdurando o incômodo até que o fim da festa.

A testemunha Darci Fauth, que não estava trabalhando no momento dos fatos, tomou conhecimento de todo o corrido relatado pelos porteiros Erenildo e Moacir.

Assim, restou evidente que a festa dada na casa do requerente, que adentrou à madrugada, excedeu aos limites do bom senso e boa convivência, com a ocorrência de tamanho barulho que levou os porteiros, por diversas vezes, a chamar a atenção do responsável pela residência no momento, dispensando-se assim a aferição técnica do grau de ruído para a conclusão pelo cometimento de excesso.

Nos termos do art. 1336, do Código Civil, é dever do condômino não utilizar a edificação em condomínio de maneira prejudicial ao sossego, de modo que se houver o descumprimento deste dever cabe lhe a aplicação de multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, que não pode ser superior a cinco vezes ao valor das contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem.

Por sua vez, a Convenção Condominial (f. 9) constitui dever dos condôminos de cumprir e fazer cumprir seus familiares, serviçais, inclusive visitantes, as disposições dela e demais diplomas normativos, dentre os deveres: respeitar a lei do silêncio, especificamente no período entre 22:00 horas e 06:00 horas do dia seguinte; e em qualquer momento se abster de utilizar equipamentos sonoros em altura de som que cause incômodo aos demais moradores (art. 5º, letra "d" e "q").

Ainda, o art. 6º, do Regulamento Interno (f. 21), ratifica a proibição do uso de equipamento de som, de modo que possam perturbar a tranquilidade e sossego alheios, principalmente nas horas destinadas ao descanso.

Destarte, comprovada a infração cometida pelo filho do requerente, que fora advertido por mais de três vezes, sem atender à solicitação de diminuição do som, tenho que a aplicação de multa foi legal, restando analisar se o quantum está correto.

Antes, ressalte-se que para a aplicação de multa não é necessária a advertência prévia por escrito do síndico ou de quem suas vezes fizer, eis que o comunicado por escrito a que se refere a letra "a", do art. 31 da Convenção (f. 16), refere-se à notificação ao condômino infrator para repor as coisas em seu estado primitivo, e não à comunicação de infração, como defende o requerente.

Quanto ao valor da multa, estipula o mesmo art. 31, letra "a", da Convenção (f. 16) que, por descumprimento das normas condominiais, desde que não se comine pena

específica, o valor pode corresponder até cinco vezes do valor das contribuições mensais no mês do efetivo pagamento.

No caso, o requerente infringiu o art. 5º, letra "d" e "q', da Convenção, para o qual há pena específica, estipulada na letra "e" do art. 31, in verbis:

"Art. 31 Pelo não cumprimento das disposições desta Convenção, do Regulamento de Restrições do Regulamento Interno, de regulamento funcional, ou da lei 4.591/64, ficarão os condôminos e possuidores a qualquer título, sujeitos as seguintes penalidades: (...)

e) nos casos de violação ao estatuído no art. 5º, letras "d" e "q" desta Convenção, fica o condômino sujeito a multa de 10% (dez por cento) da U.C.R e na reincidência até 5 (cinco) U.C.R vigente a época da infração, por dia de descumprimento, devidamente corrigido até a data da efetiva quitação, desde que em cada um deles tenha sido notificado, ainda que verbalmente, pelo síndico ou por seu substituto legal;

Com efeito, como se viu do boletim de ocorrência interno e foi dito nos depoimentos, realizou-se reclamação verbal aos responsáveis pela residência do requerente por mais de três vezes, através de interfone e pessoalmente pelo porteiro Moacir, caracterizando-se a reincidência, autorizando-se a aplicação de penalidade em valor de até cinco vezes à U.C.R.

Depreende-se da norma supra, que as advertências realizadas por mais de uma vez, na tentativa de cessar o barulho vindo da residência do requerente, são suficientes para caracterizar a reincidência, sendo equivocado o entendimento do autor de que a infração teria que ocorrer em dias diferentes para ocorrência da Reincidência.

Isso porque analisando a letra "e" do art. 31 da Convenção, vê-se que é possível cobrar do infrator o valor estipulado para a pena, por dia de descumprimento, e não necessariamente, repito, que as infrações devem ocorrer em dias diferentes para a configuração da reincidência.

Quanto ao fato das advertências acerca do barulho terem sido comunicadas pelos porteiros e não pelo síndico, não elide a legalidade da multa, eis que se encontravam a mando deste, que é competente a designar aos funcionários atribuições, deveres e obrigações (art. 25 da Convenção, f. 15).

Ademais disso, diante da insurgência do requerente quanto à legalidade da multa e o valor dela, o síndico convocou o Conselho Consultivo, que é composto por três condôminos eleitos para o cargo, para deliberação acerca da manutenção da penalidade, o qual decidiu pela manutenção da multa em questão.

Deste modo, considerando-se ainda que o valor de R$ 1.000,00 é razoável para a infração cometida, não alcançando o teto da multa, não vislumbro qualquer ilegalidade quanto a aplicação da multa e o quanto ao seu valor, tampouco há qualquer arbitrariedade cometida pela síndico, eis que o Conselho Consultivo, eleito para agir coletivamente e orientar o síndico (f. 27), referendou a decisão tomada por ele.

De consequência, os pedidos da inicial improcedem, porquanto houve a correta aplicação das normas condominiais, as quais devem ser respeitadas por todos os condôminos para a harmonia da coletividade, sendo que aquele que decide residir em condomínio deve se submeter às decisões da comunidade, como no caso.

Por derradeiro, ante a sucumbência as custas e despesas processuais ficam a cargo do requerente, assim como o pagamento de honorários advocatícios ao patrono da

parte contrária, estes fixados nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, no valor de R$ 1.500,00.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgar improcedentes os pedidos iniciais, e condenar o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono contrário, fixados por equidade, no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Oportunamente, arquivem-se."

A meu ver, o recurso não merece provimento.

Inicialmente, com relação à alegação de que o critério de valoração das provas utilizado na sentença não condiz com a veracidade dos fatos, não encontra suporte no conjunto probatório.

Além do boletim de ocorrência do condomínio, bem como do depoimento da testemunha Erenildo Alves de Souza, citados na sentença, que confirmam o descumprimento das normas do condomínio por parte do apelante, verifica-se que o próprio apelante acabou por confirmar, através da contranotificação enviada ao Síndico do Condomínio (f. 29-34), que a festa realizada em sua residência durou até altas horas da madrugada, que perturbou o sossego dos moradores.

Por oportuno, destaca-se as afirmações feitas pelo apelado na citada contranotificação (f. 29-30). *In verbis*:

"II. Da verdade real dos fatos

No dia 11.10.2012, Marinalva da Silva, a funcionária do lar, só conseguiu contato com o contranotificante às 00.00hrs já do dia 12.10.2012, relatando que o porteiro havia comunicado reclamação, nessa hora, de imediato, o contranotificante reduziu a altura do som em 20 decibeis, atingindo assim o máximo legal, previsto na lei municipal 2.909 de 1992, de 45 dB

*Posteriormente, as 02.00hrs, o contranotificante, já pelo porteiro Erenildo foi comunicado que a altura do som ainda incomodava o vizinho, proprietário do Lote**. Nessa oportunidade, de imediato, o contranotificante desligou o som substituindo-o por instrumentos musicais acústicos e todos os presentes se deslocaram para dentro da residência o que reduziu mais a altura do som, em média, 10 db.*

As 2.40hrs, do dia 12.10.2012, parava-se também com os instrumentos musicais. Sendo falsa a alegação de que a perturbação perdurou até as 6.30hrs, visto que esse foi o horário em que o último convidado foi embora, o que não indica que o "barulho" perdurou até tal horário."

Como se vislumbra, não há que se falar em ausência de descumprimento das normas do condomínio, visto diante dos fatos narrados pelo próprio apelante na contranotificação acima mencionada, aliado ao que consta do boletim de ocorrência do condomínio e do depoimento testemunhal, não há dúvidas de que a referida festa perdurou até, pelo menos, 02h40 min do dia 12/10/2012, bem como que o volume do som perturbou o sossego dos moradores do condomínio.

Aliás, conforme se observa, o apelante admitiu que o volume inicial era de 20 dB acima do limite máximo permitido em lei. Portanto, denota-se que o apelante violou não só a Convenção do Condomínio - o que por si só enseja a aplicação da multa - mas também o disposto na Lei Municipal n. 2.909/92.

Além disso, conforme constou na sentença recorrida, o Código Civil, em seu art. 1.366, alínea IV e § 2º, estabelece que é dever do condômino não utilizar a edificação de maneira prejudicial ao sossego dos possuidores, bem como que o condômino que descumprir os deveres elencados nas alíneas I a IV, deve pagar a multa prevista na Convenção.

Também não lhe assiste razão quanto a alegação de que não foi notificado pelo síndico ou seu representante, pois conforme bem observou o juízo *a quo,* o *"(..) fato das advertências acerca do barulho terem sido comunicadas pelos porteiros e não pelo síndico, não elide a legalidade da multa, eis que se encontravam a mando deste, que é competente a designar aos funcionários atribuições, deveres e obrigações (art. 25 da Convenção, f. 15)."*

Ainda, não merece acolhimento a argumentação de não houve prejuízo à sociedade condominial, em razão de apenas um condômino ter se incomodado com a altura do som. Isto porque, para a caracterização da infração não é necessário que o condomínio inteiro se sinta incomodado, uma vez que na Convenção do Condomínio não há qualquer menção quanto a necessidade de que todos os moradores se sintam perturbados com o excesso de barulho provocado em horário de descanso noturno.

A esse respeito estabelece a Convenção, nas alíneas "d" e "q", do art. 5º, que é dever dos condôminos: *"d) respeitar a lei do silêncio, especificamente no período entre 22h00min até às 06h00min do dia subsequente"*, bem como que *"é vedado usar, em qualquer hora do dia ou da noite, alto-falantes, pianos, rádios, vitrolas ou outros equipamentos em altura de som que cause incômodo aos demais moradores"*.

Portanto, restou comprovado o descumprimento das normas da Convenção do Condomínio por parte do apelante, sendo, portando, devida a aplicação da multa.

Com relação ao *quantum* da multa aplicada, a meu ver também não merece reparos a sentença.

O apelante afirma que deve incidir apenas a multa cominada no art. 31, "e", que estabelece o percentual de 10% (dez por cento) da UCR.

Segundo expõe no presente caso não deve ser aplicada a multa estabelecida para os casos de reincidência (até cinco UCR), pois no dia dos fatos foi realizada apenas uma reunião comemorativa e o referido dispositivo prevê que a mencionada pena deve ser aplicada por dia de descumprimento.

Pois bem. O art. 31, "f", estabelece que a violação dos preceitos do artigo 5º, letra *"e", "q", "h", "i" e "j",* deve ser reparada imediatamente. *In verbis:*

> *"(...) f) A violação dos preceitos do art. 5º letras "e", "q", "h", "i" e "j", desta convenção, sujeita do condômino a reparar imediatamente o dano, quer limpando ou reparando os estragos empreendendo as reformas necessárias (...)"*

A letra "q", do art. 5º da Convenção, acima transcrita, por sua vez, estabelece que é vedado usar em qualquer hora do dia, equipamentos de som que incomodem os demais moradores.

Deste modo, o desrespeito ao dever de se abster de utilizar instrumento sonoro que incomodasse os demais moradores deveria ter sido atendido de imediato pelo apelante, quando da primeira comunicação realizada pela portaria. Tem-se que diante do seu não atendimento de imediato, impondo a necessidade de reiteração das advertências por parte do Condomínio, restou caracterizada a reincidência.

Em relação ao Conselho Consultivo, a Convenção do Condomínio assim dispõe:

> *"Art. 26: Será eleito na mesma Assembléia que eleger o síndico, e pelo mesmo período, permitida uma reeleição, um conselho consultivo, composto de 03 (três) membros*

e até 02 (dois) condôminos para suplência, sendo os conselheiros e os suplentes eleitos dentro do quadro de condôminos ou moradores e a comissão de obras, composto de três membros, também eleitos dentro do quadro de condôminos.

Art. 27: Ao conselho consultivo compete; além do estabelecido no parágrafo único do art. 23 da Lei 4.591/64; a) agir coletivamente e orientar o Síndico quando solicitado: b) examinar e dar parecer sobre as contas do Síndico."

Verifica-se que o referendo do Conselho Consultivo, restou demonstrado através do documento juntado à f. 28, assinado pelo síndico, subsíndico, e três conselheiros, informando que o recurso interposto pelo apelado contra a multa em questão foi submetido ao Conselho Consultivo-Fiscal, que o indeferiu.

A ata da assembleia realizada na data de 08/07/2013, juntada às f. 58-59, por sua vez, comprova que os condôminos que assinaram o documento acima mencionado, eram os legitimados a representar o condomínio desde a época em que ocorreu a infração condominial discutida nestes autos.

Portanto, não há que se falar em ausência de deliberação do Conselho Consultivo, conforme alega o apelante.

Posto isso, restando caracterizada a infração das normas da Convenção do Condomínio, bem como sua reincidência, não merece provimento o recurso de apelação, devendo ser mantida incólume a sentença vergastada.

Nesse sentido:

"CIVIL - MORADOR DE APARTAMENTO QUE, CONTRARIANDO O REGIMENTO INTERNO DO CONDOMÍNIO QUE APROVARA, FAZ BARULHO EXCESSIVO APÓS O HORÁRIO DE SILÊNCIO FIXADO REGIMENTALMENTE, PERTURBANDO O DIREITO AO DESCANSO DO MORADOR DO APARTAMENTO ABAIXO DO SEU - MULTA CONDOMINIAL PREVISTA EM REGIMENTO INTERNO - VALIDADE - AÇÃO INTENTADA PELA PROPRIETÁRIA DO APARTAMENTO DO ANDAR SUPERIOR, ADUZINDO PREJUÍZO EM FACE DE SOFRER RECLAMAÇÕES DE OUTROS MORADORES POR BARULHOS PRODUZIDOS EM SEU APARTAMENTO - AÇÃO IMPROCEDENTE - PEDIDO CONTRAPOSTO AGITADO PELA MORADORA DO APARTAMENTO INFERIOR ACOLHIDO - RELATÓRIO DE EMPRESA PRIVADA VÁLIDO SE CONFIRMADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1. O morador de apartamento em andar imediatamente superior, que produz barulho excessivo, em afronta ao regimento interno do condomínio, que fixou silêncio no período de vinte e duas às seis horas e, assim procedendo, impede o descanso da moradora do apartamento abaixo do seu, no andar inferior, age de forma reprovável. 2. Correta a decisão que rejeita pedido de reparação de danos da moradora do apartamento mais alto, ao argumento de ter sido ela ofendida pelas reclamações formuladas contra si, e procedente o pedido contraposto do apartamento inferior, efetivamente incomodado em seu descanso diário. 3. Relatório de empresa privada que, tendo visitado o apartamento e constatado barulhos excessivos em altas madrugadas, vindo do apartamento superior, se confirmado por outros meios probatórios tem validade. 4. Recurso improvido. 5. Sentença mantida por seus próprios fundamentos." (Acórdão n.193323, 20030110126620ACJ, Relator: João Batista Teixeira, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 19/05/2004, Publicado no DJU Seção 3: 03/06/2004. Pág.: 60)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. COBRANÇA DE MULTA APLICADA AO CONDÔMINO POR PERTURBAÇÃO AO SOSSEGO DOS VIZINHOS. PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO. DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA.

> *LEGITIMIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Se as multas aplicadas decorreram de deliberação das assembleias gerais extraordinárias, realizadas de acordo com o que dispõe o Regimento Interno do Condomínio, não há que se falar em ilegalidade, sobretudo quando a legalidade das mesmas já foi objeto de apreciação em outros autos em que se postulou a anulação das referidas assembleias. 2. Os acréscimos sobre a condenação - correção monetária e juros de mora - decorrem de disposição legal, sendo incabível a tese de que devem ser deduzidos em razão de não haver previsão a respeito na convenção do condomínio.3. Recurso improvido. Sentença mantida."* (Acórdão n.573706, 20070110456132APC, Relator: Arnoldo Camanho de Assis, Revisor: Antoninho Lopes, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/02/2012, Publicado no DJE: 27/03/2012. Pág.: 104)

Dos honorários sucumbenciais

Segundo o apelante, o valor dos honorários sucumbenciais devem ser arbitrados no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais), em razão da baixa complexidade da matéria, bem como por não ter obedecido o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Pois bem. A fixação dos honorários advocatícios nos limites previstos no art. 20, § 3º, do CPC, não é obrigatória podendo o julgador fixa-los conforme sua apreciação equitativa.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. EXCEPCIONALIDADE. DESVINCULAÇÃO COM O VALOR DA CAUSA. ANÁLISE DA COMPLEXIDADE DA CAUSA E DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO ADVOGADO. SÚMULA 7/STJ.1. A orientação da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para o arbitramento da verba honorária, o julgador, na sua apreciação subjetiva, pode utilizar-se de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, ou mesmo de um valor fixo, não se restringindo aos percentuais previstos no § 3º do art. 20 do CPC. 2. A revisão dos honorários fixados demanda, em regra, dilação fática e probatória, providência incompatível com a natureza do recurso especial, salvo nos casos de irrisoriedade ou exorbitância. 3. Por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp 532.550/RJ, realizado pela Segunda Turma, na assentada de 2/10/2014, convencionou-se que a desproporção entre o valor da causa e o arbitrado a título de honorários advocatícios não denota, necessariamente, irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária, que deve se pautar na análise da efetiva complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelo causídico no patrocínio dos interesses de seu cliente, providência que demandaria, na espécie, revisão da prova (Súmula 7/STJ).4. Agravo regimental a que se nega provimento*." (AgRg no REsp 1501947/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 29/06/2015)

Desta feita, embora a fixação de honorários advocatícios na forma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil esteja sujeita a um critério subjetivo do juiz, é conveniente que essa verba seja fixada num patamar coerente com o valor da causa, bem como com o trabalho desenvolvido pelo advogado, em *quantum* que condizente com a remuneração justa e digna da atividade advocatícia.

No caso vertente, observa-se que o juízo *a quo* arbitrou os honorários advocatícios em 1.500,00 (mil e quinhentos reais), revelando-se justa e razoável e em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC de 1973.

Ademais, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "*os honorários advocatícios são passíveis de modificação na instância especial tão-somente quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes"*[1].

Nesse sentido:

> *"(...) A fixação da verba honorária exige respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pelos quais não pode o quantum estipulado ser irrisório a ponto de se tornar insignificante aos profissionais que atuaram na causa, nem ser exacerbado, impossibilitando o pagamento pelo devedor, bem assim observância dos parâmetros do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.*" (TJMS; Primeira Turma Cível; Apelação Cível N. 2011.010385-0/0000-00; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; 4.5.2011).

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

1 STJ; Segunda Turma, AgRg no Ag 1139755/SP, Rel. CASTRO MEIRA, Jul. 18/06/2009, DJe 01/07/2009.

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1413431-87.2015.8.12.0000
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – ÍNDICE DE REPARTIÇÃO DOS MUNICÍPIOS – MUNICÍPIO DE RIO BRILHANTE – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA RESOLUÇÃO DE DIVULGAÇÃO DOS ÍNDICES DEFINITIVOS – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – IMPOSSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA SER UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA – SÚMULAS 269 E 271 DO STF – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – COMPLEXIDADE DA MATÉRIA – NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL – PRELIMINAR ACOLHIDA – PROCESSO EXTINTO.

É vedada a utilização do mandado de segurança para cobrança de valores, especialmente pretéritos, tal como é a verdadeira pretensão do impetrante, que não desborda da apuração de novo índice de participação, por não concordar com aquele publicado.

Não fosse por isso, mesmo que se entendesse que a percepção de valores pelo Município é mero reflexo do saneamento de eventual ilegalidade – apenas a título de argumentação –, ainda há de se ressaltar que para atender integralmente o pedido formulado na inicial, com a fixação de novo índice, seria necessária a produção de prova pericial contábil, quiçá documental, o que não é permitido se fazer por esta via de cognição limitada a direitos líquidos e certos.

Preliminar de inadequação da via eleita acolhida.

MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – ÍNDICE DE REPARTIÇÃO DOS MUNICÍPIOS – MUNICÍPIO DE RIO BRILHANTE – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA RESOLUÇÃO DE DIVULGAÇÃO DOS ÍNDICES DEFINITIVOS – VÍCIO NÃO DEMONSTRADO – DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DO TEOR DA DECISÃO DA IMPUGNAÇÃO – PUBLICAÇÃO DO RESULTADO E LOCAL DE ACESSO AO PROCESSO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EM SENTIDO CONTRÁRIO – AMPLA DEFESA VIABILIZADA – PUBLICIDADE DO ATO OBSERVADA – ORDEM DENEGADA.

Não há qualquer previsão legal acerca do procedimento de julgamento das impugnações de que trata o § 7º do art. 3º da LC 63/90.

De outro lado, o princípio da publicidade foi amplamente observado com a publicação da Resolução/SEFAZ n.º 2.665/15, que além de divulgar os índices definitivos após a análise das impugnações apresentadas pelos Municípios, anunciou a disponibilidade dos respectivos processos administrativos às prefeituras e seus representantes legais.

Também não há que se falar em violação ao princípio do devido processo legal, pois além de a pretensão de acesso prévio aos fundamentos do julgamento da impugnação, em relação à publicação dos índices definitivos, não possuir lastro legal, também está desprovida de razoabilidade, já que a legislação que rege a matéria não prevê qualquer ferramenta processual administrativa contra a decisão divulgada através do ato impugnado.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher a preliminar de inadequação da via eleita e denegar a segurança, nos termos do voto da relatora. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Município de Rio Brilhante impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo (a) Secretário (a) de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, que publicou o *"*valor adicionado*"* definitivo, relativo ao repasse de ICMS, sem mencionar quais dados foram ou não acolhidos na impugnação ofertada administrativamente – Resolução n.º 2.665/15.

O Município impetrante alega que de acordo com a LC n.º 63/90 o Estado tem até 30 de junho do ano de apuração para publicar o *"*valor adicionado*"* correspondente a cada Município, a partir do que inicia o prazo de 30 (trinta) dias para que os Prefeitos ou Associações de Municípios apresentem a respectiva impugnação. Em seguida o Fisco Estadual possui o prazo de 60 (sessenta) dias para julgar e publicar as impugnações, divulgando os índices definitivos.

Assevera que apesar da falta de norma reguladora do processamento e análise das impugnações, tal ato sempre foi realizado mediante Comissões constituídas de forma mista entre servidores da SEFAZ e representantes da ASSOMASUL, o que, apesar de não possuir previsão legal, estava em consonância com os princípios constitucionais que regem a administração pública.

Assinala que o impetrado publicou o valor adicionado provisório para o Município de Rio Brilhante, contra o que foi apresentada impugnação. Posteriormente, em 19.09.15, foi publicado o valor adicionado definitivo, por intermédio da Resolução n. 2.648/15, a qual não mencionou quais argumentos foram ou não acolhidos na impugnação ofertada, inobservando os preceitos legais transcritos no §8º, do art. 3º da LC 63/90, recaindo em ilegalidade ao deixar de julgar a referida impugnação antes de apresentar o valor adicionado definitivo.

Afirma que a supressão dessa fase administrativa fulmina a eficácia da publicação definitiva, pois possui o direito líquido e certo de ver apreciada e julgada a impugnação ofertada, sob pena de violação aos princípios do processo administrativo e também da própria autonomia do Município, por se tratar de repartição de receita tributária.

Por entender presentes os requisitos ensejadores da medida liminar, postulou por sua concessão, para o fim de suspender a eficácia da Resolução n. 2.665/15 que publicou o índice de participação no ICMS para o exercício 2016, até que fossem apresentados os fundamentos do julgamento, dando a oportunidade ao impetrante exercer o contraditório frente às razões que embasaram a decisão do impetrado.

Por fim, requer a concessão definitiva da segurança, reconhecendo-se a ilegalidade da publicação da Resolução n. 2.665/15, por ausência de exame da impugnação de que trata o § 8º do art. 3º da LC 63/90, determinando-se à autoridade impetrada que promova nova instrução e julgamento da impugnação com

participação do Município, permitindo-lhe acesso total à decisão, promovendo-se, ainda, a fixação de novo índice, a liberação dos valores depositados ao Município impetrante e a compensação do que lhe restou devido entre o dia 01.01.2015 e a data da liminar determinando o depósito, com os pagamentos sequenciais, uma vez ocorridos ainda em 2014.

A liminar foi indeferida às fls. 76-78.

As informações foram prestadas às fls. 86-98, onde a autoridade impetrada arguiu preliminar de inadequação da via eleita, em razão de que a participação dos Municípios na receita do ICMS seria tema de alta complexidade, que necessita de dilação probatória por perícia contábil, bem como que o presente estaria sendo utilizado como sucedâneo de ação de cobrança, requerendo a extinção do feito sem resolução de mérito. No mérito, pugnou pela denegação da segurança, defendendo que a divulgação do índice definitivo de participação dos municípios na receita do ICMS se fez com oportunidade plena dos prefeitos municipais e/ou associações acessarem o processo administrativo.

O parecer de fls. 177-186 opinou pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita ante a necessidade de dilação probatória e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Município de Rio Brilhante, contra ato praticado pelo (a) Secretário (a) de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, que publicou o *"*valor adicionado*"* definitivo, relativo ao repasse de ICMS, sem mencionar quais dados foram ou não acolhidos na impugnação ofertada administrativamente – Resolução n.º 2.665/15.

O impetrante aduz que apresentou impugnação contra o valor adicionado publicado de forma provisória pelo Estado de Mato Grosso do Sul e este, por sua vez, ao publicar o valor definitivo, não apresentou o julgamento de tal impugnação, não restando evidenciado quais argumentos foram ou não acolhidos, contra o que se insurge por entender violador do devido processo legal e da autonomia municipal, já que se trata de repartição de verba tributária.

Por outro lado, o Estado de Mato Grosso do Sul defende a inadequação da via eleita ante a necessidade de dilação probatória e a utilização do presente como sucedâneo recursal, assim como a legalidade do ato impugnado.

Da preliminar de inadequação da via eleita

Tenho que a preliminar de inadequação da via eleita deve ser acolhida.

Isto porque apesar da argumentação lançada na inicial mencionar a nulidade do procedimento de julgamento da impugnação ao valor adicionado provisório, a pretensão do Município impetrante no presente mandado foi lançada nos seguintes termos:

> *"(...) que seja concedida em definitivo a segurança, reconhecendo-se a ilegalidade da publicação da Resolução n. 2.648/15, de 01/07/15, por ausência de julgamento da impugnação de que trata o §8º, do art. 3º da LC 63/90 como demonstrado à sociedade, para determinar à autoridade impetrada que promova nova instrução e julgamento da impugnação com participação do Município, permitindo-lhe acesso total à decisão, promovendo-se, com a fixação de novo índice, a liberação dos valores depositados ao*

Município impetrante e a compensação do que lhe restou devido entre o dia 01/01/2015 e a data da liminar determinando o depósito, com os pagamentos sequencias, uma vez ocorridos ainda em 2014, ou, de idêntica forma, nos anos subsequentes;"

Assim, constata-se que, a bem da verdade, o impetrante não concorda com o valor adicionado definitivo divulgado pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pretende seja realizado novo julgamento da impugnação administrativa que apresentou, de forma que a mesma seja acolhida, com a fixação de novo índice e liberação de valores depositados, o que não pode ser determinado pela via estreita do mandado de segurança.

Primeiro que a Súmulas 269 e 274 do STF dispõem o seguinte:

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

"Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

Com efeito, é vedada a utilização do mandado de segurança para cobrança de valores, especialmente pretéritos, tal qual é a verdadeira pretensão do impetrante. Não fosse por isso, mesmo que se entendesse que a percepção de valores pelo Município é mero reflexo do saneamento de eventual ilegalidade – apenas a título de argumentação –, ainda há de se ressaltar que para atender integralmente o pedido formulado na inicial, com a fixação de novo índice, seria necessária a produção de prova pericial contábil, quiçá documental, o que não é permitido se fazer por esta via de cognição limitada a direitos líquidos e certos.

Nesse sentido é o entendimento do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA RECEITA DO ICMS. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. INADMISSÍVEL A ESTREITA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Insurge-se o Município de Campo Maior/PI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que extinguiu sem julgamento do mérito mandado de segurança impetrado em face de ato que aprovou os índices de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS. Postula-se que seja declarado o direito do impetrante ao índice de 1,27333355, para o exercício de 2008, questionando-se o processamento do cálculo elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

2. Com efeito, o acolhimento da pretensão de se alterar em favor do impetrante o índice de participação dos municípios no produto de arrecadação do ICMS depende de elaboração de perícia contábil para aferição do suposto equívoco no cômputo de ICMS em prol do Município de Teresina e de outros municípios, sendo inadequada a via mandamental.

3. Recurso ordinário não provido." (RMS 31.337/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (ICMS. PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO ESTADUAL. INCLUSÃO DAS OPERAÇÕES FISCAIS TRANSITADAS EM JULGADO NO CÁLCULO DO VALOR ADICIONADO. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA FÁTICA CONTROVERTIDA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA (SÚMULAS 269 E 271 DO STF).).

> *(...) 2. Aresto embargado segundo o qual "os fatos que embasam o direito dos impetrantes, não obstante a extensa prova documental acostada aos autos, revelam-se controversos, sendo necessário, para definir-se se as ações fiscais irrecorríveis administrativamente efetivamente deixaram de ser incluídas no cálculo do valor adicionado, aprofundado exame dos procedimentos de cálculo adotados pela coindice, o que só seria possível mediante perícia técnica". Conclusão esta baseada na assertiva da autoridade coatora de que: "Por outro lado, o que se verifica é que os documentos acostados aos autos contemplam todo e qualquer auto de infração indiscriminadamente, atropelando o estabelecido na Resolução nº 009/99, porque constam: a) autos de infração de tributos que não são ICMS; b) autos de infração de tributos ICMS, com penalidades não previstas para o IPM; c) autos de infração de tributos ICMS, com penalidades previstas para o IPM que já foram devidamente apropriados." 3. Excerto do parecer do representante do Ministério Público Federal, utilizado como razões de decidir do acórdão embargado, no qual se assinalou que: "Em verdade, predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a prova em mandado de segurança deve ser pré-constituída, ou seja, capaz de, por si só, demonstrar a certeza e liquidez do direito tido por violado. Na hipótese em exame, verifica-se que tal demonstração mostra-se absolutamente dependente da análise dos procedimentos de cálculo adotados pela autoridade impetrada em relação aos ora recorrentes, no sentido de revelar quais os critérios aplicados para a obtenção do valor adicionado fiscal dos Municípios do Estado de Goiás, assim como os autos de infração que deveriam ter sido incluídos nesses cálculos, extremando-os daqueles que eventualmente não o foram - de forma a indicar com segurança os prejuízos alegadamente sofridos pelos impetrantes/recorrentes pela argüida violação ao art. 3º da Lei Complementar nº 63/90. Na realidade, a falta de mais dados sobre a alegada violação contra o direito postulado pelos impetrantes, no âmbito da Comissão de Elaboração dos Índices de Participação no ICMS - coindice, do Estado de Goiás, impede a visão plena dos fatos, em evidente prejuízo à apreciação da matéria jurídica de fundo." 4. Outrossim, a decisão embargada, ad argumentandum tantum, considerou que "o interesse dos ora recorrentes é obter a incorporação de valores que lhes deveriam ter sido repassados, caracterizando assim, não um pedido meramente declaratório, mas uma verdadeira ação de cobrança contra o Estado de Goiás", o que levou à inarredável conclusão da impropriedade da via eleita quanto ao pedido dos impetrantes, em virtude do nítido cunho condenatório verificado. 5. Desta sorte, revela-se inadmissível, em sede de embargos, pretender a revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente. 6. Deveras, é cediço que inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o decisum, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC. 7. Embargos de declaração rejeitados."* (STJ - EDcl no RMS: 17394 GO 2003/0171428-0, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 19/09/2006, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 05/10/2006 p. 235)

Dessa forma, considerando que a discussão proposta pelo impetrante não desborda da apuração de novo índice de participação, por não concordar com aquele publicado, tenho que a presente via não se mostra a mais adequada para análise da controvérsia.

Por tais razões, com o parecer, acolho a preliminar de inadequação da via eleita e denego a segurança, com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 e no art. 485, VI, do CPC.

Do mérito

No que se refere ao mérito deste *mandamus,* tenho que a ordem deve ser denegada.

O impetrante aponta como ilegal a Resolução Sefaz n.º 2.665/15 que divulgou o índice de participação definitivo dos Municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, relativo à repartição tributária do ICMS, em razão de que deveria ser precedida pelo julgamento da impugnação apresentada aos índices provisórios.

Em que pese tal argumentação, vejamos o disposto na legislação aplicável à matéria:

> *"Lei Complementar n. 63/90*
>
> *(...)*
>
> *Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:*
>
> *I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;*
>
> *II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º Para efeito de entrega das parcelas de um determinado ano, o Estado fará publicar, no seu órgão oficial, até o dia 30 de junho do ano da apuração, o valor adicionado em cada Município, além dos índices percentuais referidos nos §§ 3º e 4º deste artigo.*
>
> *§ 7º Os Prefeitos Municipais e as associações de Municípios, ou seus representantes, poderão impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias corridos contados da sua publicação, os dados e os índices de que trata o parágrafo anterior, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis.*
>
> *§ 8º No prazo de 60 (sessenta) dias corridos, contados da data da primeira publicação, os Estados deverão julgar e publicar as impugnações mencionadas no parágrafo anterior, bem como os índices definidos de cada Município.*
>
> *§ 9º Quando decorrentes de ordem judicial, as correções de índices deverão ser publicadas até o dia 15 (quinze) do mês seguinte ao da data do ato que as determinar."*

Consoante se extrai da simples leitura do conjunto normativo acima, bem como das próprias assertivas iniciais, não há qualquer previsão legal acerca do procedimento de julgamento das impugnações de que trata o § 7º do art. 3º da LC 63/90.

Enquanto isso, observa-se da documentação acostada que após a apresentação das impugnações ofertadas pelos Municípios e/ou Associações, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a Resolução n.º 2.665/15 (fls. 113-116), a fim de divulgar os respectivos resultados, ou seja, divulgar os índices definitivos.

Além disso, também foi acostado nas informações prestadas as Resoluções relativas aos exercícios anteriores, até o ano de 2011 (fls. 100-112), a fim de demonstrar que o ato ora impugnado foi elaborado na mesma padronização, como de fato foi comprovado.

E, apesar da alegação inicial de violação ao princípio da publicidade, por supostamente não ter tido acesso às razões de análise da impugnação apresentada, tenho que tal argumento merece ser repelido, em razão de que o ato impugnado – Resolução/SEFAZ n.º 2.665, de 08.09.15 – mencionou expressamente o seguinte:

> *"Art. 1º Ficam publicadas, pelo Anexo I a esta Resolução, os valores referentes às decisões das impugnações apresentadas pelos Prefeitos Municipais ou associações de Municípios, conforme o disposto no §7º do art. 3º da Lei Complementar (federal) n. 63, de 11 de janeiro de 1990.*

> *Parágrafo único. Os processos referentes às impugnações, bem como as planilhas e arquivos com os respectivos valores, encontram-se à disposição das prefeituras ou de seus representantes legais na Coordenadoria de Dados Tributários/SAT."*

Com isso, o princípio da publicidade foi amplamente observado, e nem de longe há que se falar em violação ao princípio do devido processo legal, pois além de a pretensão de acesso prévio aos fundamentos do julgamento da impugnação, em relação à publicação dos índices definitivos, não possuir lastro legal, também está desprovida de razoabilidade, já que a legislação que rege a matéria não prevê qualquer ferramenta processual administrativa contra a decisão divulgada através do ato impugnado.

Por tal motivo, a mera disponibilização das razões que levaram a autoridade impetrada a definir os índices definitivos – publicidade – é suficiente a viabilizar o controle de legalidade do referido ato administrativo, o que, contudo, não poderia ser analisado pela presente via, que se limita a analisar a legalidade do procedimento, aspecto em que o impetrante não logrou êxito em demonstrar qualquer ilegalidade.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.*
>
> *INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL RESPEITADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA.*
>
> *I - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.*
>
> *II - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.*
>
> *III - In casu, restou comprovado que o impetrante teve total ciência acerca dos fatos contra ele imputados, haja vista constar ciente seu em documentos como notificação de instauração do processo disciplinar, pauta de audiência de testemunhas, intimação para interrogatório, citação para defesa e termo de vista. Foi, ainda, notificado para prestar esclarecimentos sobre os fatos, tendo comparecido prontamente perante a comissão e apresentado a sua versão.*
>
> *IV - Não merece prosperar a alegação de ausência de comunicação formal e oficial sobre a decisão final da Comissão, que culminou com o ato demissionário, tendo em vista que a portaria que o levou a efeito foi publicada no Diário Oficial da União. Assim, exsurge certo que ato algum pode revestir-se de maior oficialidade e publicidade do que ser publicado no D.O.U. A jurisprudência desta Corte já decidiu que até mesmo a publicação do ato constitutivo da comissão de processo administrativo disciplinar em boletim de serviços, e não no Diário Oficial da União, não constitui ilegalidade V - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.*

> *VI - Ordem denegada."* (MS 10.055/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 25/05/2005, DJ 22/08/2005, p. 126)
>
> *"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS NA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CÓPIA INTEGRAL DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.*
>
> *1. O desprezo pelos prazos máximos do rito não resulta, de per si, na nulidade ou extinção do procedimento, mormente quando não comprovado prejuízo à defesa do servidor.*
>
> *2. A Portaria de Instauração, cuja finalidade é a de dar publicidade à formação da Comissão Processante, prescinde de descrição minuciosa dos fatos imputados aos acusados, tendo em vista que tal exigência deve ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução.*
>
> *(...)*
>
> *6. Ordem denegada."* (MS 10.154/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 25/09/2013, DJe 19/12/2013)

Observa-se que o entendimento do STJ no tocante aos casos em que a atuação do Poder Judiciário se limita à análise da regularidade do procedimento administrativo, observando que foram respeitados os princípios norteadores da administração pública, não há que se falar em ilegalidade. Ademais, no tocando à publicidade do ato, desnecessária sua descrição minuciosa, mormente se não há previsão legal.

No presente caso, o impetrante não comprovou violação seja ao devido processo legal ou publicidade, já que lhe foi oportunizada a apresentação de impugnação, bem como o acesso aos autos administrativos relativo a tal impugnação.

Diante do exposto, com o parecer, denego a segurança impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de inadequação da via eleita e denegaram a segurança, nos termos do voto da relatora. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0002881-91.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO ONEROSA DE BENS IMÓVEIS – IMUNIDADE NO CASO DE INCORPORAÇÃO DO BEM PARA REALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA – EXCEÇÃO À REGRA – DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE PREPONDERANTEMENTE IMOBILIÁRIA – NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DE TAL CONDIÇÃO PELO FISCO NOS TRÊS PRIMEIROS ANOS DE NEGÓCIOS – IMUNIDADE SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA.

Nos termos do art. 156, § 2º, I, o ITBI (Imposto sobre a Transmissão onerosa de Bens Imóveis entre vivos) não incide sobre a transmissão de bens e 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.

O mesmo dispositivo prevê, excepcionalmente, a incidência do tributo, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Para aplicação da exceção à imunidade mencionada, utilizam-se os seguintes critérios: análise do objeto social da pessoa jurídica, bem como da natureza jurídica das atividades que geram mais da metade da receita da pessoa jurídica; decurso do lapso temporal necessário para verificar a relevância da atividade preponderante, se dois anos antes ou depois da aquisição ou três anos após o início das atividades (arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional).

Caso em que a pessoa jurídica entrou em funcionamento menos de 2 (dois) anos antes da transferência dos imóveis, motivo pelo qual a preponderância da atividade somente poderá ser constatada pelo fisco depois de decorridos três anos da data da aquisição do bem, nos termos do § 2º, do art. 37 do CTN. Tal situação impõe à imunidade uma condição resolutiva, garantindo a não incidência do ITBI na integralização de imóveis no capital social da impetrante, até que se cumpra tal requisito.

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 e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Município de Três Lagoas/Ms interpôs apelação cível (f. 199/206) contra a sentença (f. 182/193) proferida pelo juízo da Vara de Fazenda e Registros Públicos de Três Lagoas/MS que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Antonio Pereira Fernandes, concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que emita certidão de imunidade tributária concernente às glebas de terras, com área de 2.991,2090 hectares, denominada Fazenda Santa Maria, registrada no CRI sob a matrícula n. 19.040, e com área de 605,00 hectares designada Fazenda Santa Maria II, registrada no CRI local sob a matrícula n. 13.225, para realização do capital social à pessoa jurídica Palhagões Patrimonial Participações S/A, mediante dação dos imóveis, ressalvada a possibilidade de cobrança do ITBI, caso comprovado, no triênio seguinte à incorporação de bens, que a atividade preponderante da impetrante seja uma das hipóteses previstas no art. 156, § 2º, da Constituição Federal.

Sustentou que a atividade desenvolvida pela empresa, locação de bens imóveis, converge para a incidência do ITBI nos moldes previstos no art. 52 da Lei 1.067/1991. Afirmou inadmissibilidade de dilação probatória no mandado de segurança e a própria sentença reconheceu insuficiência da documentação trazida pela impetrante para comprovar o enquadramento de sua atividade preponderante na exceção à regra da imunidade. Pleiteou o provimento do recurso para que seja denegada a segurança.

Contrarrazões às f. 211/214.

A representante do Ministério Público emitiu parecer favorável ao provimento do recurso. Aduziu ser, para a aplicação da isenção do ITBI aconteça, necessária a comprovação de que a atividade preponderante da empresa adquirente não seja uma das hipóteses impedidivas da isenção, exigência não demonstrada no caso.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação que Município de Três Lagoas/MS interpõe contra a sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda e Registros Públicos de Três Lagoas/MS que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Antonio Pereira Fernandes, concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que emita certidão de imunidade tributária concernente às glebas de terras, com área de 2.991,2090 hectares, denominada Fazenda Santa Maria, registrada no CRI sob a matrícula n. 19.040, e com área de 605,00 hectares designada Fazenda Santa Maria II, registrada no CRI local sob a matrícula n. 13.225, para realização do capital social à pessoa jurídica Palhagões Patrimonial Participações S/A, mediante dação dos imóveis, ressalvada a possibilidade de cobrança do ITBI, caso comprovado, no triênio seguinte à incorporação de bens, que a atividade preponderante da impetrante seja uma das hipóteses previstas no art. 156, § 2º, da Constituição Federal.

O apelante sustentou, em síntese, que a atividade desenvolvida pela empresa, locação de bens imóveis, converge para a incidência do ITBI nos moldes previstos no art. 52 da Lei 1.067/1991.

Não obstante, a sentença deve ser mantida.

Nos termos do art. 156, § 2º, I, o ITBI (Imposto sobre a Transmissão onerosa de Bens Imóveis entre vivos) não incide sobre a transmissão de bens e 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.

O mesmo dispositivo prevê, excepcionalmente, a incidência do tributo, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Essa imunidade específica e suas exceções são reguladas pelo Código Tributário Nacional, em seus artigos 36 e 37:

> *"Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:*
>
> *I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;*
>
> *II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.*
>
> *Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.*
>
> *Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.*
>
> *§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinqüenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.*
>
> *§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.*
>
> *§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data."*

Tais disposições são reproduzidas no art. 52 do Código Tributário Municipal.

Portanto, para caracterização da atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente, a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição deve representar mais de 50% (cinquenta por cento) da sua receita operacional nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à transferência dos imóveis.

Porém, se a pessoa jurídica iniciou suas atividades após a transferência dos imóveis, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, a preponderância da atividade deverá considerar os três primeiros anos seguintes à data da aquisição.

Importante explicitar que, para aplicação da exceção à imunidade acima mencionada, utilizam-se os seguintes critérios: análise do objeto social da pessoa jurídica, bem como da natureza jurídica das atividades que geram mais da metade da receita da pessoa jurídica; decurso do lapso temporal necessário para verificar a relevância da atividade preponderante, se dois anos antes ou depois da aquisição ou três anos após o início das atividades.

Dessa forma, para saber se uma operação se enquadra na imunidade, é necessário que o entre tributante confronte o histórico imobiliário da sociedade com os critérios acima descritos (Hebert Morgentern Kugler – A exceção à regra da imunidade do ITBI prevista no art. 156, § 2º, da CF/1988, *in* Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 19, jan. fev. 2011, ed. Revista dos Tribunais, p. 219/220).

Na hipótese, consta no contrato social da empresa Palhagões Patrimonial Participações S/A (f. 31/32) que a empresa tem por objeto a administração, locação, compra, venda ou alienação, por qualquer forma, de bens imóveis próprios; a realização de empreendimentos no setor imobiliário; o desenvolvimento de incorporações e loteamentos; e a participação em outras sociedades como sócia ou acionista.

Ademais, a pessoa jurídica foi constituída em 27 de novembro de 2008 (f. 19/20 e 38), sendo que, em 18 de março de 2009 ocorreu o arquivamento na junta comercial da assembleia ordinária que aprovou o aumento do capital social, mediante subscrição de ações por meio de integralização de bens imóveis.

Nesse contexto, verifica-se que a empresa foi criada há menos de dois danos da integralização dos bens imóveis para constituição de seu capital, motivo pelo qual deve ser aplicada ao caso a hipótese prevista no § 2º, do art. 37, do CTN. Assim, deve ser aferida, pelo fisco, a preponderância da atividade empresarial levando em consideração os 3 primeiros anos, posteriores à data da aquisição (entre 18/03/2009 e 18/03/2012).

Ou seja, o fato gerador do imposto é de ocorrência futura e incerta, preenchendo o apelado, no momento da impetração do mandado de segurança, os requisitos para a imunidade tributária (transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital).

Nesse sentido o Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial 448.527, afirmou que a incidência do ITBI "(...) depende de uma circunstância objetiva: a realização de negócios imobiliários, em valor superior à metade da renda operacional".

Entretanto, se após os 03 (três) primeiros anos da aquisição do imóvel, a Administração Pública aferir, mediante novo processo administrativo, que a atividade da apelada é predominantemente a venda ou locação de propriedades imobiliárias, aí, então, o lançamento do imposto poderá ser efetuado, por se encaixar na ressalva prevista no art. 156 § 2º da CF.

Esta é o entendimento adotado pelos seguintes Tribunais pátrios:

> *"Ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário - Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI). 1. Reexame necessário - Não cabimento -CPC, art. 475, in- cisos I e II e §§ 2.º e 3.º - Lei n.º 10.352/2001 - Direito controverti- do de valor inferior a 60 salários mínimos. 2 . Incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica para fins de integralização de seu capital social - Hipótese de imunidade tributária, excepcionada aos casos em que a ativi- dade preponderante da pessoa jurídica for compra e venda dos bens ou direitos incorporados, locação de bens imóveis ou arren- damento mercantil - CF, art. 156, § 2.º, inc. I - Necessidade de se analisar a atividade preponderante da pessoa jurídica nos dois anos anteriores e nos dois posteriores à transação -CTN, art.37, § 1.º - Impossibilidade, no caso presente, em que entre a data da integralização e aquela em que o Município realizou o lançamento tributário impugnado não se havia transcorrido o prazo a que alude o artigo 37, parágrafo 1.º, do CTN - Imunidade tributária que se reconhece, em relação às operações mencionadas na petição inicial - Precedentes desta Corte de Justiça. 3. Reexame necessário não conhecido e recurso de apelação desprovido."* (TJPR - 3ª C.Cível - ACR - 1053057-7 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Rabello Filho - Unânime - J. 29.10.2013)

> *"APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO DE SANTOS ITBI INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEIS AO CAPITAL SOCIAL IMUNIDADE NOS TERMOS DO ART. 156, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Pretensão de reconhecimento da inexigibilidade do ITBI Objeto social que não é a aquisição, locação ou arrendamento*

de imóveis -Lançamento do imposto feito meses após a constituição da sociedade Descabimento Aplicabilidade do art. 37, § 2º, do CTN Incidência do tributo sujeita a condição temporal. Precedentes desta C. Câmara Possibilidade, entretanto, de lançamento complementar ao fim do período de três anos da aquisição dos imóveis Violação de direito líquido e certo configurada Sentença reformada Recurso provido, com observação." (TJ-SP - Apelação : APL 30050064620138260562 SP 3005006-46.2013.8.26.0562 (São Paulo, 28 de julho de 2015.)

"AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. IMÓVEIS INTEGRALIZADOS AO CAPITAL SOCIAL. IMUNIDADE DO ART. 156, § 2º, I, DA CRFB RECONHECIDA.

Na dicção do art. 156, § 2º, I, da CRFB, a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, bem como a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica encontram-se imunes ao imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI). São excepcionados tais fatos imponíveis da norma imunizante se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Tal atividade preponderante se caracteriza quando montante superior a 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente decorrer das mencionadas transações, hipótese em que o imposto será devido em atenção à lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito. Caso dos autos em que documentação trazida pela agravante é suficiente para comprovar que a sua atividade preponderante globalmente considerada, até a data da impetração, não se enquadrava nas exceções à regra da imunidade. Afiguram-se equivocados os critérios utilizados pelo Fisco no exame da atividade preponderante da agravante para fins de exclusão da imunidade tributária, com base apenas no contrato social e no balanço patrimonial, e antes de transcorridos os três primeiros anos seguintes à data da transferência dos imóveis. agravo provido, por maioria. vencida a relatora." (Agravo Regimental Nº 70060346277, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 24/07/2014).

Portanto, se impõe a manutenção da sentença, tendo em vista que a preponderância da atividade somente poderá ser constatada no prazo previsto no art. 37 § 2º do CTN, que impõe à imunidade uma condição resolutiva, garantindo a não-incidência do ITBI na integralização de imóveis no capital social da impetrante, até o cumprimento do prazo de três anos da data da aquisição do imóvel.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0011439-52.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS – DETERMINAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – DECISÃO JUDICIAL AUTORIZADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO EM VIGOR.

É vedada a criação de cargo em comissão fora das hipóteses autorizadas pelo artigo 37, inciso V, da Constituição Federal.

A determinação de realização de concurso público não viola a tripartição dos poderes quando a intenção do magistrado é sanar inconstitucionalidade apurada na contratação de servidores públicos do Poder Executivo.

Recurso não provido. Sentença mantida em sede de reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Município de Três Lagoas interpõe recurso de apelação (f. 434/449) contra a sentença proferida (f. 417/429) pela juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos que, nos autos de ação civil pública, ajuizada por Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos formulados. A magistrada determinou a exoneração dos servidores nomeados sem concurso público na Fundação Poço de Jacó, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), bem como determinou a realização de concurso público para os cargos em que a Constituição Federal não autoriza a contração sem concurso.

Diz que os servidores lotados na Fundação Poço Jacó ocupavam cargos em comissão nas funções de coordenação, chefia e assessoramento, por isso sustenta inexistir irregularidade ou inconstitucionalidade nas nomeações. Afirma que a fundação passou a ser administrada pelo Município a partir de 2009, motivo pelo qual não conseguiu prover de imediato todos os cargos de caráter efetivo necessários para o funcionamento do estabelecimento educacional. Alega que o quadro de servidores do Município de Três Lagoas, inclusive os cargos em comissão da Fundação Poço Jacó, foi reestruturado pela Lei 2.523/2011. Menciona que a imposição de concurso público pelo Poder Judiciário ofende a discricionariedade do Poder Executivo. Aduz inexistir servidores na Fundação Poço Jacó ocupante de cargo efetivo ou comissionado no presente momento.

Contrarrazões às f. 454/461.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Três Lagoas (f. 434/449) contra a sentença proferida (f. 417/429) pela juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos que, nos autos de ação civil pública, ajuizada por Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos formulados. A magistrada determinou a exoneração dos servidores nomeados sem concurso público na Fundação Poço de Jacó, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), bem como determinou a realização de concurso público para os cargos em que a Constituição Federal não autoriza a contração sem concurso.

Introdução

Conforme consta no relatório, a apelante diz que os servidores lotados na Fundação Poço Jacó ocupavam cargos em comissão nas funções de coordenação, chefia e assessoramento, por isso sustenta inexistir irregularidade ou inconstitucionalidade nas nomeações. Afirma que a fundação passou a ser administrada pelo Município a partir de 2009, motivo pelo qual não conseguiu prover de imediato todos os cargos de caráter efetivo, necessários para o funcionamento do estabelecimento educacional. Alega que o quadro de servidores do Município de Três Lagoas, inclusive os cargos em comissão da Fundação Poço Jacó, foi reestruturado pela Lei 2.523/2011. Menciona que a imposição de concurso público pelo Poder Judiciário ofende a discricionariedade do Poder Executivo. Aduz inexistir servidores na Fundação Poço Jacó ocupante de cargo efetivo ou comissionado no presente momento.

Do mérito

Nos termos o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, "*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*".

Os cargos de livre nomeação e exoneração, nos termos do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal, são preenchidos por servidores de carreira em condições e percentuais mínimos previstos em lei e destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Fora os cargos de livre nomeação e exoneração, a Constituição Federal (art. 37, inciso IX) também prevê a contratação sem concurso público por tempo determinado, a fim de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Não há exagero na norma que exige a seleção de candidatos por concurso público de provas ou provas e títulos. Pelo contrário, essa exigência constitucional atende aos tão afamados princípios da isonomia e da eficiência, por ser uma forma justa e adequada de selecionar as pessoas mais qualificadas para exercer funções na administração pública.

De acordo com a tese defensiva do Município de Três Lagoas, os servidores contratados sem concurso público na Fundação Poço Jacó atuavam nas funções de assessoramento, chefia e coordenação, por isso alega inexistir irregularidade ou inconstitucionalidade nas nomeações.

Todavia, as provas produzidas desmentem essa afirmação. A maioria das contratações realizadas pelo apelante, a toda evidência, ofendem a norma constitucional acima mencionada, a qual exige aprovação em concurso de provas ou provas e títulos. Isso porque a maioria dos contratados na Fundação Poço Jacó não exerciam funções de direção, chefia e assessoramento, motivo pelo qual não podiam ser nomeados para cargo em comissão.

Conforme consta na planilha juntada pelo próprio apelante (f. 283/284), apenas 5 (cinco) dos 43 (quarenta e três) servidores da Fundação Poço Jacó ocupavam cargos efetivos. Os demais servidores ocupavam cargos em comissão nas funções de coordenador, educador, cozinheiro, ajudante de cozinha, zelador, passadeira, lavadeira, auxiliar de berçário, psicólogo, pedagogo e assistente social. E essas informações também são corroboradas pelo depoimento das testemunhas.

Essas funções, em regra, não podem ser desempenhadas por servidores nomeados livremente pela administração, isto é, sem concurso público, por serem atividades educacionais, técnicas e administrativas. Ou seja, a maioria dos cargos em comissão da Fundação Poço Jacó não observa norma constitucional, por não configurarem funções de direção, chefia ou assessoramento e por não serem contratações temporárias para atender excepcional interesse público.

Diante da inequívoca inconstitucionalidade do ato administrativo que criou os cargos em comissão da Fundação Poço Jacó, a magistrada agiu com acerto ao determinar a exoneração dos servidores nomeados sem concurso público no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Este prazo até poderia soar desproporcional, mas, em razão das peculiaridades do caso concreto, se mostra bastante proporcional e razoável, tendo em vista a importância das atividades prestadas na Fundação Poço Jacó, por ser recente o ato que transferiu a administração desta instituição para o município e ser tempo suficiente para regularizar as nomeações por concurso público.

Não há, do mesmo modo, violação a teoria da tripartição dos poderes na imposição de realização de concurso público na Fundação Poço Jacó para as funções em que a Constituição Federal não autoriza a livre nomeação para cargo em comissão.

Cuida-se, na verdade, de decisão admitida pelo ordenamento jurídico em vigor, haja vista que o intuito é concretizar valores constitucionais e corrigir irregularidades praticadas por agentes do Poder Executivo. Em outras palavras, a sentença proferida apenas tenta sanar inconstitucionalidades praticadas nos atos de nomeações dos servidores da Fundação Poço Jacó e de forma alguma tem o objetivo de interferir ou limitar a discricionariedade do Poder Executivo.

Dispositivo

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação.

Em sede de reexame necessário, mantenho a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelaçãoº 0022180-46.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VIATURA DO CORPO DE BOMBEIROS COM SINAIS LUMINOSOS E SONOROS LIGADOS – DEVER DOS CONDUTORES DE DAR PASSAGEM – ART. 29 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NÃO CONFIGURADA.

De acordo com o art. 29, VII e alíneas a e d, do Código de Trânsito Brasileiro, os veículos destinados a socorro, incêndio e salvamento, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, devendo os condutores dar prioridade de passagem ao automóvel oficial na via e no cruzamento.

É culpado pelo acidente de trânsito o condutor que descumpre tal regra, de modo a afastar a alegação de responsabilidade do condutor do veículo oficial e, consequentemente, do Estado, pela reparação dos danos provenientes do incidente.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL – RECONVENÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TERMO INICIAL DOS JUROS – EVENTO DANOSO.

Nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 398 do Código Civil os juros fluem a partir do evento danoso no caso de responsabilidade extracontratual.

Caso em que o termo inicial dos juros, incidentes sobre indenização por danos materiais, é a data do acidente de trânsito.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Carrier Veículos Ltda e dar provimento ao recurso do Estado, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de junho de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Carrier Veículos Ltda. e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem apelação cível (f. 583/591 e 602/610) contra a sentença (f. 537/545) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda e Registros Públicos

desta capital que, nos autos das demandas de reparação de danos e de reconvenção, julgou improcedente o pedido principal e procedente o pedido reconvencional, para condenar a autora (Carrier Veículos Ltda.) a pagar ao Estado o valor de R$ 23.657,04, referente aos danos materiais.

Carrier Veículos Ltda. sustenta que a sentença deve ser reformada, tendo em vista ter ocorrido a colisão entre os veículos por culpa única de servidor público estadual, condutor do caminhão do Corpo de Bombeiros, por não ter respeitado o sinal vermelho. Para a apelante, o Boletim de Ocorrência do acidente, que tem presunção de veracidade, comprova a culpa exclusiva do caminhão do Corpo de Bombeiros pela colisão, de modo a impor a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelos danos materiais suportados pela autora. Aduz ter a testemunha Célio Regis de Assis também corroborado tal conclusão, pois confirma estar vermelho o sinal para a rua Fernando Correa da Costa, por onde transitava o veículo público.

Estado de Mato Grosso do Sul pleiteia a reforma da sentença quanto ao termo inicial dos juros de mora, pois, nos, de conformidade com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, devem fluir a partir do evento danoso.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação que Carrier Veículos Ltda. e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda e Registros Públicos desta capital que, nos autos das demandas de reparação de danos e de reconvenção, julgou improcedente a demanda principal e procedente o pedido contraposto, para condenar a autora (Carrier Veículos Ltda.) a pagar ao Estado o valor de R$ 23.657,04, referentes aos danos materiais.

Do recurso de apelação interposto pela parte autora/reconvinda

A autora/apelante sustenta estar comprovado que o semáforo situado no cruzamento entre a Rua 14 de julho com a Avenida Fernando Correa da Costa estava aberto (verde) quando o condutor do automóvel de sua propriedade atravessou o cruzamento. Nesse momento houve a colisão com o caminhão do Corpo de Bombeiros Militar, por não ter o condutor deste observado o sinal vermelho e, consequentemente, provocado o acidente. Dessa forma, afirma deva ser Estado condenado ao pagamento de indenização pelos danos materiais suportados pela autora em decorrência do sinistro.

O Estado réu/apelado, por sua vez, sustenta ter a viatura, destinada a socorro, respeitado o sinal verde. Além disso, segundo argumenta, o veículo público transitava com os sinais luminosos ligados, motivo pelo qual deveria ter sido observada a sua prioridade de passagem no cruzamento, nos termos do art. 29, VII, do Código de Trânsito Brasileiro.

No concernente à responsabilidade do Estado, ela é objetiva, conforme art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quando se verifica ato comissivo da administração por meio de seus agentes, bastando, nessas hipóteses, a análise sobre o ato ilícito praticado, o dano causado e o nexo de causalidade entre ambos.

No Boletim de Ocorrência (f. 29) exarado pela autoridade competente e dotado de presunção de legitimidade, declarou-se:

> *"Pela av. Fernando C. Da Costa sentido L/O trafegava o V1 M. Benz e pela Rua 14 de julho sentido S/N trafegava o V2 Celta. No cruzamento das vias ocorreu o abalroamento da frontal do V1. No flanco médio direito do V2. Após o impacto o V1 e o V2 desgovernaram-se e o V1 chocou no imóvel n. 1445 e o V2 no Parati estacionado defronte n. 635, resultando danos materiais nos veículos."*

Ou seja, o B.O. apenas esclarece a dinâmica do acidente, sem concluir quem foi o culpado.

Da mesma forma, a perícia (f. 249/257) realizada no âmbito administrativo foi inconclusiva quanto à causa determinante do acidente, *in verbis:*

Como o cruzamento é dotado de sinalização semafórica automática, deixam os peritos de fornecer a causa determinante do acidente, e por envolvimento do veículo especial Viatura Oficial VTR/PM/BOM ficam as investigações restritas às testemunhas, se o veículo VTR/Furgão, quando do evento, se encontra com o sistema de sinalização luminosa intermitente e sonora [sirene] ligados, e se o veículo GM/Celta estava sendo conduzido em condições favoráveis de sinalização no tal cruzamento.

Por outro lado, a conclusão do Inquérito Policial Militar (f. 283/295), realizado no âmbito da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública – Corpo de Bombeiros Militar, apontou a responsabilidade do condutor do veículo da empresa autora pelo acidente. Nesse sentido, cumpre transcrever alguns trechos:

> *"Quando a viatura se aproximou da faixa de pedestres que há na Av. Fernando Correa da Costa, a mesma estava na faixa esquerda e o semáforo indicou sinal verde para quem trafegava na Av. Fernando C. Da Costa, conforme folhas 041, 060 e 082. Com o semáforo na cor verde para a viatura ABR-4, a mesma continuou seu deslocamento pela Av. Fernando Correa da Costa, conforme folhas 041, 060, 082; no momento em que a viatura efetuava o cruzamento da Rua 14 de Julho, um veículo tipo GM Celta de cor branca e de placa ANR-8021/PR trafegava em alta velocidade pela Rua 14 de julho no sentido sul-norte, conforme folhas 037, 040 e 060. O veículo GM Celta efetuou ultrapassagem de veículos que estavam parados próximos à faixa de pedestres e a faixa de retenção (...); o condutor do veículo GM Celta não percebeu que a viatura do Corpo de Bombeiros estava na Av. Fernando Correa da Costa efetuando o cruzamento da Rua 14 de julho, conforme folha 042; o condutor da viatura percebeu que ocorreria a colisão (...) e tentou impedir, desviando a direção da viatura para a direita da via que trafegava (...). No momento da colisão transitava pela Rua 14 de julho somente o veículo GM Celta, sendo que os outros veículos que existiam na rua citada estavam parados, próximos à faixa de pedestres e faixa de retenção (...).*
>
> *Pelo que consta dos relatos testemunhais, o Sr. Guilherme Paulino de Souza, (...), condutor do Celta branco (...), colidiu seu veículo com a viatura ABR-04 no momento em que o semáforo indicava cor vermelha para quem trafegava na Rua 14 de julho e cor verde para quem trafegava na Av. Fernando Correa da Costa. A viatura ABR-04 deslocava pela Av. Fernando Correa da Costa com sinais sonoros e luminosos de emergência acionados, e além de possuir preferência no cruzamento das vias (...), possuía também autorização para circulação pela avenida devido à indicação semafórica no momento da colisão.*
>
> *Pelos fatos apurados, o acidente automobilístico ocorrido no dia 13/12/2005 (...), foi de exclusiva responsabilidade do Sr. Guilherme Paulino de Souza (...)."*

Da mesma forma, por meio da análise conjunta da prova testemunhal produzida judicialmente, concluo ter sido o condutor do veículo de propriedade da autora o causador do acidente de trânsito.

A testemunha Célio Regis de Assis (f. 424) esclareceu que presenciou o ocorrido e disse: *"o sinal estava vermelho para a Fernando Correa da Costa, mas os veículos pararam antes do cruzamento em vista*

do avanço da viatura, que estava com o giroflex ligado e a sirene em alto volume"; acrescentando: "*os veículos que vinham pela R. 14 de julho pararam, menos o Celta, que atingiu a viatura na lateral próximo à traseira*". Também destacou: *"a viatura não estava em grande velocidade, mas o celta desceu embalado a r. 14 de julho, porque ali é um final do declive."*

Armando Luiz Brito Rodrigues (f. 451), que estava próximo ao local do acidente, relatou:

> *"(...) ouviu a sirene e as luzes da viatura dos Bombeiros, tendo o motorista do depoente, bem como os outros veículos na via, encostado ou facilitado a passagem da viatura e, no cruzamento da 14 de julho com a av. Fernando Correa da Costa o movimento também parou, menos o outro veículo envolvido no sinistro, que praticamente contornou os carros parados pelo estacionamento do posto de gasolina, mais que o lado esquerdo da via e entrou no cruzamento, atingindo a viatura que já estava quase terminando de cruzar a via."*

Também destacou: *"a velocidade da viatura era compatível com o atendimento de ocorrência, mas que o outro veículo estava com velocidade maior."*

Conforme sublinhou o juiz de primeiro grau, o próprio motorista do veículo de propriedade da empresa autora na hora do acidente (Guilherme Paulino de Souza) admitiu só ter percebeu o veículo dos bombeiros no momento do impacto, ouvindo a sirene e vendo o giroflex (f. 541).

Da análise das provas, constato a incerteza quanto à sinalização no momento do acidente. Enquanto na conclusão do Inquérito Policial Militar afirmou-se que o sinal estava verde para a viatura do Corpo de Bombeiros, a testemunha Célio Regis de Assis, ouvida em juízo, aduziu que o sinal estava vermelho para o mesmo veículo.

Por outro lado, está demonstrado que a viatura estava indo atender uma situação de urgência, encontrava-se com a sirene e o giroflex ligados e em velocidade razoável, compatível com o atendimento da ocorrência. Ademais, ela passou pelo cruzamento com a rua 14 de julho porque os outros veículos pararam para dar passagem, sendo abalroada pelo veículo de propriedade da autora, único que não parou e, consequentemente, deu causa ao acidente (de acordo com os depoimentos de Armando e Célio).

Cumpre transcrever trecho da sentença proferida pelo juiz *a quo,* no qual, acertadamente, foi realçado:

> *"Mas nem só negligente foi o motorista do veículo da autora. Também imprudente, talvez irresponsável. Segundo a testemunha de f. 451, quando todos os outros condutores já haviam parado no cruzamento para dar passagem ao carro dos bombeiros, o veículo da demandante "praticamente contornou os carros parados, pelo estacionamento do posto de gasolina, mais que o lado esquerdo da via, e entrou no cruzamento, atingindo a viatura que já estava quase terminando de cruzar a via."*

De acordo com o art. 29, VII e alíneas a e d, do Código de Trânsito Brasileiro, os veículos destinados a socorro incêndio e salvamento, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação intermitente.

Além disso devem ser observadas as seguintes disposições: quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita da via e parando, se necessário; e a prioridade de passagem na via e no cruzamento deverá se dar com velocidade reduzida e com os devidos cuidados de segurança, obedecidas as demais normas deste Código.

Consoante acima esclarecido, o condutor do veículo da empresa autora descumpriu tal regra, sendo o culpado pelo acidente, tendo em vista não ter dado passagem para a viatura do Corpo de Bombeiros, que estava com os dispositivos de sinalização devidamente ligados e em atendimento de urgência. Nesse sentido, a reconvenção foi julgada procedente e, contraditoriamente, a autora não se insurge contra tal decisão.

Mesmo se o semáforo estivesse fechado, diante das circunstâncias do acidente e da obrigatoriedade de se dar preferência aos veículos oficiais destinados a atender situações de emergência, deveria o condutor ter agido com diligência, reduzido a velocidade e parado.

Portanto, não configurado o ato ilícito por parte do condutor do caminhão de bombeiros, inexistente o dever de indenizar os danos provenientes do acidente por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, de modo que deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido formulado pelo autor da demanda principal.

Do recurso de apelação interposto pelo réu/reconvinte

Estado de Mato Grosso do Sul pleiteia a reforma da sentença quanto ao termo inicial dos juros de mora, para que fluam a partir do evento danoso.

Assiste razão ao apelante, tendo em vista que, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 398 do Código Civil, os juros fluem a partir do evento danoso no caso de responsabilidade extracontratual, e não a partir do conserto do veículo envolvido no acidente, conforme decidiu o juízo de primeiro grau.

Portanto, tendo em vista que o acidente de trânsito (evento danoso) ocorreu em 13/12/2005, é a partir desta data que devem fluir os juros moratórios.

Nesse sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. LINHA FÉRREA. ACIDENTE ENTRE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA E AUTOMÓVEL. SINALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS. CULPA CONCORRENTE. LUTO.COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO EM PARÂMETRO COMPATÍVEL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54 DO STJ. 13º SALÁRIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. PENSIONAMENTO. MORTE DE FILHO (A) DE COMPANHEIRO (A) E DE GENITOR (A). CABIMENTO DESDE A DATA DO ÓBITO.JUROS COMPOSTOS. VEDAÇÃO. VALOR DO DANO MORAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. POSSIBILIDADE. 1. Colisão entre trem e automóvel em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do automóvel, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário. (...) 4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ)."* (...) STJ - Recurso Especial Resp 853921 RJ 2006/0134068-8 (STJ) Data de publicação: 24/05/2010

Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Carrier Veiculos Ltda e dou provimento ao interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para determinar que os juros de mora, referentes à condenação por danos materiais proferida na reconvenção, incidam a partir do evento danoso, ou seja, a data do acidente de trânsito, ocorrido em 13/12/2005.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Carrier Veículos Ltda e deram provimento ao recurso do Estado, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 07 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402226-27.2016.8.12.0000 - Miranda
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM DE FAMÍLIA INSUSCETÍVEL DE DIVISÃO CÔMODA – DETERMINAÇÃO DE PENHORA DE FRUTOS E RENDIMENTOS DA PARTE COMERCIAL DO IMÓVEL – ART. 867 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Tratando-se de imóvel misto (sobrado), com finalidade residencial e comercial, e demonstrado que ele não comporta divisão cômoda, deve prevalecer a impossibilidade alienação judicial do bem de família.

Por ser medida idônea e menos gravosa, deve ser determinada, de ofício, a penhora dos frutos e rendimentos da parte comercial do bem (art. 867, CPC/2015), perdendo o executado o direito de gozo sobre o bem, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Teodoro Ninhues Neto e outro interpõem agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Miranda que, nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada por Banco Bradesco S.A., determinou a realização de leilão eletrônico do imóvel de propriedade dos executados.

Afirmam, em síntese, que, o primeiro andar do sobrado de sua propriedade foi penhorado nos autos da execução, por ter destinação comercial. Sustentam que a penhora não abrangeu a parte superior do bem, pois ela é utilizada como residência dos agravantes. Narram que, não obstante, após o oficial de justiça certificar que o imóvel não comporta cômoda divisão, o juízo de primeiro grau determinou a realização do leilão da integralidade do bem. Pleiteiam o provimento do recurso para que o leilão seja apenas referente à parte comercial.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo.

A parte agravada manifestou-se às f. 62/68.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento que Teodoro Ninhues Neto e outro interpõem contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Miranda que, nos autos da execução de título extrajudicial ajuizada por Banco Bradesco S.A., determinou a realização de leilão eletrônico do imóvel de propriedade dos executados.

O recurso deve ser provido, ainda que por outros fundamentos.

O agravado propôs ação de execução contra os ora recorrentes, tendo sido penhorado um sobrado, que contém 3 salões na parte térrea e na parte de cima um apartamento, que serve de residência do casal.

Posteriormente, diante da decisão proferida por este Tribunal de Justiça em sede de embargos de terceiro, foi desconstituída a penhora sobre a parte residencial do imóvel.

Diante de tal situação, o Oficial de Justiça procedeu nova avaliação do bem e concluiu ser impossível sua divisão cômoda. Dessa forma, o juiz de primeiro grau determinou a realização de leilão, para alienação judicial da integralidade do bem.

Contra esta decisão se insurgem os recorrentes.

Inicialmente, não está configurada a preclusão hierárquica da matéria, conforme alegado pelo agravado.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em embargos de terceiro (f. 29/36) reconheceu a impenhorabilidade da casa residencial, determinando a alteração do auto de penhora para constar:

> *"a) ou a penhora apenas da posse da metade do salão comercial, ou seja, penhora da meação do devedor, indicando-se a respectiva metragem (em observação, o oficial deverá observar se viável a divisão material da posse do prédio comercial; não sendo a penhora recairá sobre 50% da posse da área ideal do referido prédio comercial; b) ou a penhora da fração ideal a ser apurada por engenheiro ou agrimensor, mais precisamente área ideal correspondente à edificação comercial".*

Na oportunidade o Tribunal manifestou-se apenas sobre a penhora, sendo que o presente recurso trata sobre matéria diversa, a alienação judicial do bem, referente à fase expropriatória.

A penhora é o procedimento de segregação e determinação dos bens do devedor que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Tal ato não retira do titular a propriedade do bem, mas torna inoperante o poder de disposição sobre ele. (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Curso de direito processual civil, v. 3, execução, ed. Revista dos Tribunais, 2007).

Por sua vez, a expropriação é a fase do procedimento executivo destinada a obter dinheiro para pagamento do exequente, mediante alienação do bem penhorado ou seu usufruto, a menos que este opte pela transferência de bens ao seu patrimônio, valendo-se do instituto da adjudicação de bens.

A expropriação consistirá, nos termos do art. 825 do Código de Processo Civil de 2015, adjudicação, alienação e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimento e de outros bens (art. 647 do CPC de 1973).

A escolha do meio expropriatório é flexível, devendo atingir a finalidade da execução (soma perseguida) mediante utilização do meio mais idôneo e menos gravoso. (Donaldo Armelin e outros. Comentários à execução civil – título judicial e extrajudicial. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 185).

Diante do exposto, conclui-se que a penhora pode ser utilizada como meio de garantir a execução sobre os bens do devedor, seja qual for o meio expropriatório escolhido.

No caso, é evidente que, tratando-se de imóvel misto, com finalidade residencial e comercial, e demonstrado que ele não comporta divisão cômoda, deve prevalecer a impossibilidade alienação judicial do bem de família. Não há como desmembrar, nem fisicamente, nem formalmente, um imóvel com característica de sobrado.

Não obstante existir significativo entendimento jurisprudencial no sentido de que o imóvel insuscetível de divisão cômoda importa em impenhorabilidade absoluta do bem de família[1], existe uma peculiaridade no caso.

A impossibilidade de leiloar o bem não impede a manutenção da penhora de sua parte comercial, como já foi decidido por este Tribunal em outra ocasião, para que o exequente se utilize de meio idôneo e menos gravoso para satisfazer seu direito, qual seja, a apropriação de frutos e rendimentos do imóvel.

Importante consignar que, apesar de o CPC/2015 (art. 868) afirmar que a penhora recairá diretamente sobre os rendimentos do bem, isto não torna irregular a sua penhora antecipada do próprio imóvel, pois o principal efeito prático será o mesmo, qual seja: perda de direito de gozo pelo devedor até que o exequente seja pago.

Ademais, a adequação do procedimento é perfeitamente possível, pois o presente ato judicial é praticado na vigência do novo CPC e não trará prejuízo algum às partes, ao contrário, tornará proveitosa a execução.

Nesse contexto, conforme permissão contida no art. 867 do CPC de 2015, deve ser determinada, de ofício, a apropriação pelo credor dos rendimentos do bem, mediante percepção de aluguel das salas comerciais do imóvel, até o limite da satisfação de seu crédito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão e determinar a penhora sobre os frutos e rendimentos da parte comercial do bem imóvel dos executados, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios, consoante procedimento previsto nos arts. 867 a 869 do novo Código de Processo Civil.

Nomeio administrador judicial o exequente Banco Bradesco S.A., o qual deverá promover a averbação no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. Deverá o executado submeter à aprovação do juízo de primeiro grau a forma de administração, prestando contas periodicamente.

1 AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - PENHORA DE IMÓVEL - BEM DE FAMÍLIA - LEI Nº 8.009/90 - CONFIGURAÇÃO - IMPENHORABILIDADE - PARTE COMERCIAL E RESIDENCIAL - INDIVISIBILIDADE DO BEM - DEMONSTRAÇÃO.O bem de família é impenhorável, nos termos do artigo 1º da Lei 8.009/90, assim considerado o imóvel destinado a residência permanente da entidade familiar, sendo ele o único utilizado com este propósito. Deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel que constitui moradia do executado, ainda que possua dupla destinação, residencial e comercial, mormente quando se tratar de bem indivisível. (TJSP AI 10344080427018001 MG. Relator: Leites Praça, Julgamento em 14/05/2015, 17ª Câmara Cível)

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. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0000640-60.2010.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OFENSA À COISA JULGADA – PRELIMINAR REJEITADA – COMPROVAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE – "*KITS* TERERÉ" – PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL – SANÇÕES – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – OBSERVÂNCIA – RECURSOS DO AUTOR E DA RÉ DESPROVIDOS.

Não há falar em ofensa à coisa julgada, quando restar constatado que, embora serem os fatos narrados no processo eleitoral os mesmos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a pretensão deduzida nestes autos, ou seja, a condenação da ré nas sanções do artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, divergir daquela constante dos autos da representação eleitoral, no qual a ré foi condenada ao pagamento de multa de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), sanção apropriada para a prática da infração eleitoral e para inibir a reincidência.

Segundo o disposto no art. 73, § 7º, da Lei n. 9.504/97: *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...). § 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III."*

Deve ser mantida a sentença recorrida na parte em que restou caracterizado o ato de improbidade administrativa, já que as produzidas evidenciaram que os "*kits* tereré" fornecidos pela Secretaria de Ação Social do Município à população, em nada ajudariam a erradicação do trabalho infantil, programa ao qual foi associado.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 de ocorrer à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração cada caso concreto, a gravidade do ato ímprobo e a extensão do dano causado ao erário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso de Conceição Izabel Aivy Figueiredo: em relação ao apelo de Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, contra o parecer, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público Estadual e Conceição Izabel Aivi de Figueiredo em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Bonito que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual em desprol de Conceição Izabel Aivi Figueiredo, para o fim de condená-la pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-lhe a sanção estabelecida no artigo 12, inciso III, da citada Lei, consistente no pagamento de multa civil, a ser revertida para o Município de Bonito/MS, no montante equivalente à 02 (duas) vezes sua remuneração à época dos fatos, a ser apurado por mero cálculo arimético, atualizado monetariamente pelo IGP-M, a contar do ato ilícito e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar desta.

Extingo o feito, com resolução de mérito.

Custas, pela requerida, a serem recolhidas em até 15 (quinze) dias, a contar de sua intimação, na pessoa de seu advogado, pelo Diário da Justiça, sob pena de inscrição na dívida ativa estadual.

Incabível a fixação de honorários advocatícios em favor do Ministério Público na espécie.

Sustenta o Ministério Público Estadual que o caso dos autos não se afigura de pouca gravidade, porquanto a distribuição dos *kits* ocorreu durante o período de campanha para as eleições municipais, quando o esposo da ré buscava reeleger-se para o cargo de prefeito municipal, de modo que, ao visar à simpatia de potenciais eleitores por meio da entrega dos *kits*, a apelada atentou contra o processo eleitoral e, via de consequência, a democracia.

Pondera que, ao atentar contra os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, ao privilegiar o interesse particular, em detrimento do interesse público, buscando vantagens eleitorais para seu esposo, a ré ofendeu a base ético-jurídica da Administração Pública, corroendo todo o sistema.

Frisa que e a simples sanção de multa civil, no importe de apenas duas vezes a remuneração da ré, é demasiadamente branda, insuficiente para reprimir condutas ímprobas e para prevenir disfunções administrativa.

Esclarece que, tendo em vista que a lei estabelece a possibilidade de ser aplicada em *"até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente",* a sua aplicação em apenas 2 vezes é por demais insignificante, desproporcional à gravidade dos atos praticados, especialmente pelo cargo ocupado pela apelada, de Secretária de Assistência Social, e pela circunstância de ser esposa do prefeito municipal da época.

Requer o Ministério Público Estadual seja dado provimento ao recurso, "*a fim de que a sentença condenatória seja reformada, majorando-se a multa civil e aplicando-se a sanção de perda de suspensão dos direitos políticos*."

Alega Conceição Izabel Aivi de Figueiredo, preliminarmente, ofensa a coisa julgada, uma vez que não pode ser condenada, pela segunda vez, pelo mesmo fato, já que foi condenada ao pagamento de multa pelo Juízo Eleitoral da Comarca de Bonito.

No mérito, afirma que, não obstante ter sido vazada a sentença no princípio da autonomia do livre convencimento jurisdicional, merece reparos no sentido de se coadunar com o princípio da proporcionalidade,

consoante a norma preconizada no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/92, que determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na extensão do dado causado e do proveito patrimonial obtido pelo agente.

Aduz que não há nos autos uma única prova capaz de demonstrar qual o proveito patrimonial obtido pela apelante. De igual, por maior esforço que tenha demonstrado o douto Promotor de Justiça, não há nos autos qualquer prova capaz de demonstrar o dano causado aos cofres municipais.

Requer Conceição Izabel Aivi de Figueiredo que seja dado provimento, reformando-se a r. sentença profligada;

b) alternativamente, o provimento do recurso de apelo, reformando-se a r. sentença profligada, ante a aplicação da tese da coisa julgada;

c) ainda alternativamente, seja julgado parcialmente procedente o recurso de apelação, com a consequente adequação da r. sentença monocrática com o princípio da proporcionalidade, consoante a norma preconizada no parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 8.429/92, que determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na extensão do dano causa e do proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual manifesta pelo desprovimento do recurso da ré.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo:

> *"a) conhecimento e provimento do recurso interposto pelo ministério público estadual, a fim de reformar a r. sentença vergastada, para majorar o valor atribuído a título de multa civil, bem como para aplicar a sanção de suspensão dos direitos políticos da segunda apelante;*
>
> *b) conhecimento e improvimento do recurso aviado pela Segunda Apelante, a fim de rechaçar o pedido de diminuição da sanção aplicada a título de multa civil."*

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público Estadual e Conceição Izabel Aivi de Figueiredo em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Bonito que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual em desprol de Conceição Izabel Aivi Figueiredo, para o fim de condená-la pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando-lhe a sanção estabelecida no artigo 12, inciso III, da citada Lei, consistente no pagamento de multa civil, a ser revertida para o município de Bonito/MS, no montante equivalente à 02 (duas) vezes sua remuneração à época dos fatos, a ser apurado por mero cálculo aritmético, atualizado monetariamente pelo IGP-M, a contar do ato ilícito e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar desta.

Extingo o feito, com resolução de mérito.

Custas, pela requerida, a serem recolhidas em até 15 (quinze) dias, a contar de sua intimação, na pessoa de seu advogado, pelo Diário da Justiça, sob pena de inscrição na dívida ativa estadual.

Incabível a fixação de honorários advocatícios em favor do Ministério Público na espécie."

Requer o Ministério Público Estadual seja dado provimento ao recurso, *"a fim de que a sentença condenatória seja reformada, majorando-se a multa civil e aplicando-se a sanção de perda de suspensão dos direitos políticos."*

Requer Conceição Izabel Aivi de Figueiredo que seja dado provimento, reformando-se a r. sentença profligada;

b) alternativamente, o provimento do recurso de apelo, reformando-se a r. sentença profligada, ante a aplicação da tese da coisa julgada;

c) ainda alternativamente, seja julgado parcialmente procedente o recurso de apelação, com a consequente adequação da r. sentença monocrática com o princípio da proporcionalidade, consoante a norma preconizada no parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 8.429/92, que determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na extensão do dano causa e do proveito patrimonial obtido pelo agente.

Inicialmente, torna-se necessário analisar e decidir a preliminar de ofensa à coisa julgada.

A respeito da questão, o i. Procurador de Justiça assim manifestou:

> *"(...).*
>
> *O artigo 467, do CPC, define a coisa julgada material como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença*".
>
> *Contudo, é imperioso ressalvar que a coisa julgada sofre limites, de sorte que ainda que as relações jurídicas estejam baseadas no mesmo contexto fático, quando as causas de pedir e os pedidos são diversos, obviamente que a coisa julgada de uma demanda não atingirá a outra.*
>
> *Ora, in casu o processo tramitado na justiça eleitoral teve o desígnio de averiguar violação à norma eleitoral, enquanto que nesta objetiva-se a punição por ofensa às regras de probidade da Administração Pública.*
>
> *Desta forma, não há que se falar em extensão da coisa julgada para a lide presente, eis que um ato ilícito pode subsumir-se em diversos tipos normativos.*
>
> *Por exemplo, no caso de ato ímprobo, a depender do caso concreto, a conduta adotada pelo agente público pode desencadear responsabilização de cunho administrativo, cível, criminal e eleitoral.*
>
> *(...).*
>
> *Destarte, não havendo similitude entre as naturezas das ações, tampouco das causas de pedir e pedidos, imperioso o rechaço à preliminar aventada, eis que hipótese não ofende o direito fundamental à segurança jurídica das decisões judiciais."*

Pelo que se observa dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de Conceição Izabel Aivi de Figueiredo, objetivando a procedência do pedido, a fim de condenar a ré pela *"prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, "caput" e inciso I, da Lei nº 8.429/92, e requer que lhes sejam aplicadas as sanções do artigo 12, inciso III, dessa mesma lei".*

Em 13/8/2008, o Ministério Público Estadual ingressou com a representação eleitoral contra Conceição Isabel Aivi de Figueiredo, José Arthur Soares de Figueiredo e Odilson Arruda Soares e Coligação

Unidos Por Bonito, tendo como pretensão a *"cassação do registro ou diploma do segundo requerido, bem como a aplicação de multa no valor de R$ 5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R$ 106.410,00 (cento e seis mil, quatrocentos e dez reais) a cada um dos representados"*.

Requer, outrossim, em caráter de urgência, seja requisitado do Município de Bonito, cópia da autorização da compra dos materiais para o "*Kit* tereré", nota de empenho e todo o procedimento administrativo e documentos que tenha servido de base para tal compra".

Em sentença, restou comprovada a responsabilidade da ré no que tange à distribuição gratuita de bens em afronta à vedação do artigo 73, § 10, da Lei n. 9.504/97.

Estabelece o art. 73, §§ 7º e 10, da Lei n. 9.504/97:

> *"Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:*
>
> *(...)*
>
> *§7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.*
>
> *§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)"*

Em que pesem os fatos narrados no processo eleitoral serem os mesmos da presente ação civil pública, vê-se que a pretensão deduzida nos presentes autos, ou seja, a condenação da ré nas sanções do artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, diverge daquela constante dos autos da representação eleitoral, no qual a ré foi condenada ao pagamento de multa de R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), sanção apropriada para a prática da infração eleitoral e para inibir a reincidência.

Além disso, a Lei n. 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, disciplina que a conduta adotada pelo agente público poderá culminar em responsabilidade de cunho, administrativo, eleitoral, cível e criminal, sem que possa acarretar o *bis in idem*.

Neste sentido, confira o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO APENAS NO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MULTA ANTERIORMENTE IMPOSTA, POR INFRINGÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 12 DA LEI 8.429/92. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. (...). III. O art. 12 da Lei 8.429/92 é expresso ao determinar que as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Desta forma, o fato de o agravado ter sido condenado, pela Justiça Eleitoral, ao pagamento de multa, por infringência*

> *às disposições contidas na Lei 9.504/97, não impede sua condenação em qualquer das sanções previstas na Lei 8.429/92, não havendo falar em bis in idem. IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim conseqüência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações"* (STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/04/2011).
>
> *"V. Nesse contexto, afastada a existência de bis in idem com eventuais sanções impostas pela infringência às disposições da legislação eleitoral, e por ser o ressarcimento dos danos causados ao Erário mera consequência do reconhecimento do ato de improbidade administrativa, deve ser imposta, ao agravado, ao menos uma das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92. Ocorre que, por ser tarefa que demanda o exame das circunstâncias fáticas do caso, mostra-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que, levando em conta as premissas estabelecidas acima e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixe as sanções que entender cabíveis. VI. Agravo Regimental provido, para conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento."* (STJ. AgRg no AREsp 606352 /SP. Rel. Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. J. 15/12/2015).

Logo, deve ser rejeitada a preliminar.

No mérito, analiso, concomitantemente, os recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual e Conceição Izabel Aivi Figueiredo.

Preceitua o art. 11 da Lei n. 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou funcional e dá outras providências:

> *" Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
>
> *I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;"*

A propósito, confira-se a lição de Calil Simão, *in* Improbidade Administrativa – Teoria e Prática, 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Distribuidora: JHMIZUNO, p. 321-322:

> *"Ilegalidade por violação ao objeto, finalidade e competência. O ato do agente público pode estar viciado no tocante ao seu objeto. Por objeto do ato administrativo entende-se o seu resultado. Quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo, é classificado como ilegal. O vício pode estar também na finalidade do ato, entendida como a razão pela qual o objeto está sendo buscado. Os atos administrativos sempre têm como finalidade o interesse público. O desvirtuamento dessa finalidade configura o vício. A competência na prática do ato administrativo tem a ver com a atribuição legal conferida ao agente público. (...).*
>
> *O vício do ato pode ainda abranger a sua forma e seu motivo. (...). Por fim, o vício quanto ao motivo dirige-se ao fundamento do ato, ou seja, ao fato jurídico que desencadeou a busca de determinado resultado (objeto). Se o agente público pratica um ato com base em motivo que sabe ser inexistente, por exemplo, defere licença-maternidade ou paternidade sem que exista nascimento de um filho, ou pune um agente público sabendo da inexistência de uma infração disciplinar, temos um vício quanto ao motivo do ato, configurador de improbidade administrativa."*

Restou evidenciado, tanto nos presentes autos, quanto na representação eleitoral, a prática de ato improbidade administrativa, ao determinar a distribuição de "*kits* tereré", supostamente em ação vinculada ao Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI.

No caso, a ilicitude do ato se encontra consubstanciada no fato de que a distribuição de "*kits* tereré" em período eleitoral, sendo o candidato a reeleição o esposo da Secretaria de Ação Social do Município, ora ré.

É claro o intuito eleitoral, já que a distribuição de "*kits* tereré" em nada serviria para a erradicação do trabalho infantil, pois não se pode associar a utilização do *kit* a diminuição de menores em trabalhos braçais, degradantes e até mesmo perigosos.

Logo, deve ser mantida a sentença na parte em que condenou a ré por ato de improbidade administrativa.

No que tange às sanções aplicadas ao caso, estabelece o art. 12, inciso III e parágrafo único, da Lei n. 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: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).*
>
> *(...)*
>
> *III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*
>
> *Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

Verifica-se que a magistrada singular analisando o caso concreto, condenou a ré ao pagamento de multa civil, no montante equivalente à 02 (duas) vezes sua remuneração à época dos fatos, a ser apurado por mero cálculo aritmético.

Entende o Ministério Público Estadual que o valor da multa civil deve ser majorado, bem como deve ser aplicada a sanção de perda de suspensão dos direitos políticos.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 de ocorrer à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração cada caso concreto, a gravidade do ato ímprobo e a extensão do dano causado ao erário.

A propósito, confira-se o julgado abaixo:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE MATERIAL. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS. 1. Cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992*

> *traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente ou não, ainda que o ato de improbidade tenha sido praticado em concurso de agentes. Precedentes do STJ. 2. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 3. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."* (STJ. REsp 1283476 / RJ. Rel. Minª Eliana Calmon. Segunda Turma. J: 19/11/2013)

No caso em apreço, como bem consignado pela magistrada singular, levando-se em consideração o ato praticado, a ausência de comprovação de que a ré, com a sua conduta, tenha obtido qualquer proveito patrimonial, assim como a ausência de dano direto a reparar, não há falar em reforma da sentença no que diz respeito à sanção aplicável, já que foi arbitrada em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/92.

Ante o exposto e em parte com o parecer, conheço dos recursos, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso de Conceição Izabel Aivy figueiredo: em relação ao apelo de Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, contra o parecer, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800347-33.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL (AUTOR E RÉU) – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – AUTOR INCAPACITADO PARA FUNÇÕES QUE EXIJAM ESFORÇO FÍSICO – BAIXO GRAU DE ESCOLARIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – TERMO INICIAL – DATA DA CESSAÇÃO INDEVIDA DO AUXÍLIO-DOENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PERCENTUAL SOBRE AS PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA – SÚMULA 111 DO STJ – CUSTAS DEVIDAS PELO INSS – PAGAMENTO AO FINAL DA DEMANDA – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – OBSERVÂNCIA DOS NOVOS PARÂMETROS – RECURSO OBRIGATÓRIO E RECURSO DO AUTOR CONHECIDOS E PROVIDOS – RECURSO DO INSS CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Constatada que após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de trabalho, houve incapacidade definitiva e permanente, deve ser concedido ao autor o benefício da aposentadoria por invalidez. Ademais, se da análise do conjunto probatório é possível extrair que o autor conta com 58 anos, grau de escolaridade baixo e ao longo da vida produtiva sempre exerceu funções braçais, é impossível crer na sua reabilitação em função diversa que lhe garanta subsistência, de modo que não se trata de mera limitação, mas sim de incapacidade laboral.

É assente na recente jurisprudência o entendimento de que o termo inicial do benefício acidentário deve ser o dia seguinte à cessação do auxílio-doença. Precedentes do STJ.

Conforme Enunciado contido na Súmula n. 111 do STJ, *"Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença"*.

O INSS não goza de isenção do pagamento das custas, goza, em verdade, de um privilégio, que é o de efetuar o pagamento das despesas processuais ao final da demanda, após o trânsito em julgado.

Conforme entendimento desta Quinta Câmara Cível, em consonância com o STF, nas condenações impostas à Fazenda Pública, a partir de 29/06/2009 até 25/03/2015, deverão ser observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, nos termos da referida lei e a partir de 25/03/2015, o valor da condenação imposta à Fazenda Pública deveria ser corrigido monetariamente pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) e juros moratórios nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, até o seu efetivo pagamento.

Recurso obrigatório e do autor conhecidos e providos. Recurso do INSS conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Acir

Francisco de Carvalho e ao reexame necessário e prover parcialmente o apelo de Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de março de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e Acir Francisco de Carvalho interpõem recurso de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados, MS, que na ação de restabelecimento/concessão de benefício previdenciário, julgou procedente o pedido formulado na inicial nos termos seguintes:

> *"Para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a restabelecer e pagar o benefício de auxílio-doença acidentário do autor Acir Francisco de Carvalho (NB 553.464.314-1), a partir de 22/12/2012, e ao pagamento de valores em aberto, inclusive 13º salário, a partir de então, excluídos, evidentemente, eventuais meses em que o autor tenha laborado e recebido salário. Condeno também a autarquia ré a manter o pagamento do benefício de auxílio-doença acidentário ao autor, que deverá ser pago até que seja ele submetido a processo de reabilitação profissional, a cargo da ré (na forma da lei), e até que seja dado como efetivamente reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, que não exija o uso da mão esquerda, ou, se considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez, nos exatos termos do art. 62 da Lei 8.213/91. Eventuais valores em atraso deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC/IBGE a partir do vencimento de cada parcela, e acrescido de juros da mora de 0,5 % ao mês a partir da data da citação (31/01/2013 - fls. 36). A correção se dará na forma prevista no art. 1º-F, da Lei 9.497/1997, isto é, para atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".*

Em seu apelo (f. 145/159), o INSS afirma que não restou comprovada a incapacidade laborativa total e que o auxílio-doença exige que a incapacidade seja relativa ou temporária, mas sempre total. Insurge-se quanto à data de início do benefício, porquanto entende que este somente deve ser contado a partir da juntada do laudo pericial. Quanto aos honorários advocatícios, pugna pela condenação no percentual de 5%, bem como, pela isenção do pagamento das custas. Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso nos pontos questionados.

Por sua vez, o apelante Acir, em suas razões de recurso (f. 162/177), assevera que faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez, eis que se encontra incapacitado para o exercício de sua atividade habitual, preenchendo, portanto, todos os requisitos da Lei n. 8.213/91.

Argumenta que *"conforme os quesitos supracitados a parte autora apresenta incapacidade laborativa total e permanente para exercer sua atividade laborativa de serviços gerais de mineração (britador) físicos e movimentos repetitivos com o membro dúvida de que a mesma faz jus ao benefício pleiteado"*. Pondera, ainda, que conta com 58 anos de idade e não possui escolaridade suficiente para inserção do mercado de trabalho. Pleiteia, ainda, que caso não lhe seja concedida a aposentadoria por invalidez, lhe seja concedido, ao menos, o auxílio-acidente

Ao fim, requer o conhecimento e o provimento do apelo para a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, o do auxílio-acidente.

Intimados, apenas o autor Acir apresentou contrarrazões (f. 185/192) e pugnou pelo desprovimento do recurso interposto pelo INSS naquilo que não foi objeto de divergência.

A sentença também foi submetida ao reexame obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e Acir Francisco de Carvalho, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados, MS, que na ação de restabelecimento/concessão de benefício previdenciário, julgou procedente o pedido formulado na inicial nos termos seguintes:

> *"Para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a restabelecer e pagar o benefício de auxílio-doença acidentário do autor Acir Francisco de Carvalho (NB 553.464.314-1), a partir de 22/12/2012, e ao pagamento de valores em aberto, inclusive 13º salário, a partir de então, excluídos, evidentemente, eventuais meses em que o autor tenha laborado e recebido salário. Condeno também a autarquia ré a manter o pagamento do benefício de auxílio-doença acidentário ao autor, que deverá ser pago até que seja ele submetido a processo de reabilitação profissional, a cargo da ré (na forma da lei), e até que seja dado como efetivamente reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, que não exija o uso da mão esquerda, ou, se considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez, nos exatos termos do art. 62 da Lei 8.213/91. Eventuais valores em atraso deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC/IBGE a partir do vencimento de cada parcela, e acrescido de juros da mora de 0,5 % ao mês a partir da data da citação (31/01/2013 - fls. 36). A correção se dará na forma prevista no art. 1º-F, da Lei 9.497/1997, isto é, para atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".*

Conforme relatado, o INSS insurge-se com relação à concessão do benefício, à data de início do benefício, porquanto entende que este somente deve ser contado a partir da juntada do laudo pericial; aos honorários advocatícios, pugnando pela condenação no percentual de 5% e à isenção do pagamento das custas.

Por sua vez, o apelante Acir assevera que faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez, eis que se encontra incapacitado para o exercício de sua atividade habitual, preenchendo, portanto, todos os requisitos da Lei n. 8.213/91 ou, alternativamente, à concessão do auxílio-acidente.

A sentença também foi submetida ao reexame necessário.

Da concessão do benefício e do termo inicial.

Ante a abrangência dos recursos, estes serão analisados conjuntamente.

Segundo consta dos autos, o autor ajuizou ação de restabelecimento/concessão de benefício previdenciário alegando em síntese que sofreu acidente de trabalho no dia 16/08/2012, no exercício de sua profissão de operador de britador, sofrendo amputação traumática dos 2º, 3º e 4º dedos (indicador, médio e

anular) da mão esquerda, que impedem ou reduzem sua capacidade laborativa e até mesmo para a atividade habitual. Aduziu que requereu a concessão do benefício de auxílio-doença por acidente de trabalho, que lhe foi concedido sob nº 553 464 314-1, espécie 91, que cessou no dia 21/12/2012, mesmo persistindo a incapacidade laborativa, tendo sido posteriormente negada a prorrogação. Pediu, ao fim, a concessão da aposentaria por invalidez ou do auxílio-acidente.

Após regular instrução, o magistrado julgou procedente o pedido formulado para o fim de conceder o auxílio-doença, nos termos anteriormente transcritos.

Fazendo um breve retrospecto acerca dos benefícios previdenciários importantes para o deslinde da causa, é cediço que em caso de acidente do trabalho que incapacite o beneficiário de retornar por prazo superior a quinze dias, é devido a este o chamado auxílio-doença, previsto pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91. Se do mencionado acidente inocorre incapacidade total, apresentando o acidentado incapacidade relativa para o trabalho, é devido o chamado auxílio-acidente.

Entretanto, uma vez sendo constatado que, de fato, a incapacidade do requerente é total e permanente e decorre de acidente de trabalho, devida é a aposentadoria por invalidez, tal como previsto pelo art. 42 da Lei n. 8.213/91, que lhe confere um benefício equivalente a 100% do valor de seu salário de benefício.

Em síntese, pela lei, para a percepção do auxílio-doença, compete ao autor demonstrar a existência da incapacidade total e temporária para o trabalho. Já para a aposentadoria por invalidez, a incapacidade há de ser total, porém permanente. E, finalmente, no que tange ao auxílio-acidente, deve-se constatar a existência de alguma sequela definitiva, ou seja, se houve redução da capacidade laborativa após a consolidação das lesões decorrentes do acidente.

Já no tocante ao auxílio-doença acidentário corresponde ao benefício pago ao empregado que ficar incapacitado para exercer sua profissão, em decorrência de acidente de trabalho ocorrido dentro da empresa ou nos trajetos trabalho-residência, residência-trabalho e viagem a serviço, de modo que o benefício é pago a partir do 16º dia do acidente.

Portanto, assentada a ocorrência de acidente de trabalho e do nexo causal entre este e as lesões afirmadas pelo autor, resta saber, apenas, se tais lesões realmente ocasionaram a incapacidade temporária ou a incapacidade total e permanente do autor/apelado para o trabalho.

Com efeito, a perícia realizada concluiu que existe nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e as lesões apresentadas, sendo a invalidez de caráter permanente e parcial (f. 97).

Não obstante as considerações da sentença acerca do auxílio-doença e do INSS em sede de recurso de apelação, extrai-se do laudo (f. 93/100) que a lesão sofrida pelo autor é definitiva e se encontra consolidada. Deveras, também restou consignado que o exercício da mesma atividade (operador de britadeira) pode piorar a lesão, considerando, contudo, que poderia ser reabilitado em outras atividades laborativas.

Com efeito, deve-se ter em consideração que o apelado, que desempenhava a atividade de operador de máquinas e sempre trabalhou em atividade braçal, que exige grande esforço físico, atividade para a qual se encontra incapacitado, haja vista que o laudo concluiu pela sua incapacidade para exercer atividades que exijam esforços físicos sendo evidente, portanto, que não tem meios de garantir sua sobrevivência e que se mostra impossível sua reabilitação.

É certo que o laudo pericial não deve ser considerado isoladamente. Denota-se que o autor já conta com cinquenta e oito anos de idade, possui baixo nível de instrução que certamente o impedirá de angariar outra posição no mercado de trabalho, tendo sido, inclusive, registrado em aldeia indígena, conforme se extrai dos seus documentos pessoais. Tais circunstâncias evidenciam sua incapacidade para qualquer outra

atividade que não exija esforço físico, que é a única que sabe desenvolver, ou seja, está inapto para o exercício de qualquer outra profissão que lhe garanta sua sobrevivência.

Sobre a aposentadoria por invalidez, dispõe o artigo 42 da Lei 8.213⁄91:

> *"Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição".*

Como se observa pela leitura do dispositivo acima, não é apenas a incapacidade total e permanente do acidentado que autoriza a concessão da aposentadoria por invalidez, devendo também ser analisado em cada caso a possibilidade de exercer alguma atividade que lhe garanta a subsistência e se a reabilitação para o trabalho é provável ou não.

Nessa linha, o segurado é considerado incapaz quando não tem condição de exercer uma atividade remunerada compatível com aquela que exercia antes do acidente, observando o grau de esforço físico que lhe era exigido, ou quando a atividade que ele possa desenvolver, não garanta sua subsistência e nem mantém a sua posição social anterior ao acidente.

Não se está, evidentemente, a criar nova modalidade de benefício previdenciário, mas tão-somente, diante do estado de saúde do recorrido, devidamente comprovado por meio de perícia médica, concedeu-lhe o benefício da aposentadoria por invalidez, uma vez presentes os requisitos do art. 42 da Lei Federal n. 8.213/91.

Em casos semelhantes, eis o entendimento desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – POSSIBILIDADE - REQUISITOS LEGAIS SATISFEITOS - ART. 42 DA LEI 8.213/91 - PROVA PERICIAL CONCLUSIVA QUANTO À INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - IMPOSSIBILIDADE DE READAPTAÇÃO EM OUTRA ATIVIDADE LABORATIVA – TERMO INICIAL – DATA DA CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA - SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO PROVIDO. O artigo 42 da Lei nº 8.213/91, ao dispor que a terá direito à aposentadoria por invalidez o segurado que for considerado "incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência". Em sendo o requerente pessoa sem escolaridade e habituada ao serviço braçal, é difícil imaginar um cenário em que voltará aos bancos de uma escola primária ou cursará uma faculdade ou terá condições de prover, de outra forma, seu sustento e de sua família. Logo, concluindo a prova pericial pela incapacidade total e permanente e impossibilidade de readaptação em outra atividade laborativa, tem-se por satisfeitos os requisitos legais à concessão da aposentadoria por invalidez, benefício que tem por termo inicial a data de cessação do auxílio-doença, qual seja, 20/08/2012."* (TJMS. 17 de novembro de 2015 1ª Câmara Cível Apelação - Nº 0820205-87.2012.8.12.0001)

> *"EMENTA – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA ILÍQUIDA – APLICABILIDADE DA SÚMULA 490 DO STJ – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO OBRIGATÓRIO REJEITADA – AUTOR INCAPACITADO PARA FUNÇÕES QUE EXIJAM ESFORÇO FÍSICO – IDADE AVANÇA E GRAU DE ESCOLARIDADE BAIXO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ MANTIDA – AUTARQUIA – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS AFASTADA – POSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO AO FINAL EM CASO DE DERROTA – JUROS E CORREÇÃO – ADEQUAÇÃO CONFORME DECISÃO VINCULANTE DO STF – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS LIMITADOS À DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA – IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO A PARTIR DA CESSÃO DO AUXÍLIO DOENÇA – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE*

> *PROVIDOS. 1. A dispensa do reexame necessário pressupõe sentença condenatória ou direito controvertido inferior a sessenta salários mínimos e de valor líquido e certo, o que não é o caso dos autos, já que a condenação é ilíquida. 2. Da análise do conjunto probatório extrai-se que o autor conta com 58 anos, grau de escolaridade baixo e ao longo da vida produtiva sempre exerceu funções braçais. Sendo assim, é impossível crer na sua reabilitação em função diversa que lhe garanta subsistência, de modo que não se trata de mera limitação, mas sim de incapacidade laboral. 3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento de que as autarquias estão compreendidas na definição de Fazenda Pública, em termos de privilégios e prerrogativas processuais, inclusive no que diz respeito a aplicação do art. 27 do CPC, pelo qual não está obrigada ao adiantamento das custas, podendo restituí-las ou pagá-las ao final, caso vencida. Assim, não estão isentas do pagamento das custas processuais, apenas gozam do benefício de pagá-las ao final, se vencida. 4. Levando em consideração os requisitos do § 3º do art. 20 do CPC, tem-se por suficiente para remunerar o advogado do autor o percentual de 10% sobre o valor total das parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, devendo neste ponto ser limitada a condenação. 5. Adotando-se os parâmetros fixados, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, a forma de incidência de juros e correção sobre o valor devido deve seguir os mesmos índices da caderneta de poupança até o dia 25 de março, a partir de quando incidirão juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E, restando reformada a sentença neste tópico. 6. No que pertine ao termo inicial da aposentadoria, a sentença deve ser mantida, posto que definiu como termo inicial a data da cessação do benefício do auxílio-doença, em conformidade com a redação do art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/91."* (TJMS. 10 de novembro de 2015 5ª Câmara Cível Apelação/Reexame de Sentença - Nº 0002666-18.2011.8.12.0021 - Três Lagoas Relator – Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel)

Nesse ponto, portanto, deve ser reformada a sentença a fim de conceder ao autor/apelante o benefício da aposentadoria por invalidez.

A respeito do termo inicial do benefício, não obstante as considerações alinhavadas pela autarquia, a concessão do benefício deve se dar a partir do dia imediato ao da última cessação indevida do auxílio-doença, não da data de juntada do laudo. Outro não é o entendimento jurisprudencial, inclusive desta Quinta Câmara Cível, consoante os seguintes julgados transcritos:

> *"REEXAME NECESSÁRIO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 59, DA LEI N. 8213/91 – TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO – A PARTIR DA CESSAÇÃO DO ANTERIOR – ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO – EMPREGO DOS MESMOS ÍNDICES APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA – ARTIGO 1º F DA LEI N. 9494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/09 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SÚMULA 111, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO IMPRÓVIDO. O auxílio-doença condicionado à reabilitação profissional, trata-se de benefício a ser concedido ao segurado que ficar incapacitado para sua atividade habitual, sendo porém passível de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Após a entrada em vigor da Lei Federal n. 11.960, de 29 de junho de 2009, em relação aos débitos da Fazenda Pública, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança. Os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual sobre o total das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula n. 111, do Superior Tribunal de Justiça."* (2 - 0002260-09.2011.8.12.0017, Reexame Necessário, Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva, Comarca: Nova Andradina, Órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data do julgamento: 20/02/2014, Data de registro: 21/02/2014).

> *"REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - INSS - AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AUXÍLIO - DOENÇA - TERMO INICIAL DA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DESDE O PERÍODO CESSADO INDEVIDAMENTE - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE DO INPC DO VENCIMENTO DE CADA PARCELA ATÉ A EDIÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 QUE ALTEROU O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 (29/06/2009) - APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/2009 A PARTIR DE 30/06/2009 AOS PROCESSOS EM CURSO QUE DEVERÃO INCIDIR OS ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA PARA FINS DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS - RECURSO PROVIDO EM PARTE."* (0059276-03.2010.8.12.0001, Apelação / Reexame Necessário, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data do julgamento: 08/10/2013, Data de registro: 04/12/2013, Data de registro: 04/12/2013)

Dos honorários advocatícios

Quanto a verba honorária, extrai-se que o enunciado contido na Súmula n. 111 do STJ é no sentido de que: *"Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença"*.

No caso, a sentença condenou o INSS ao pagamento dos honorários fixados, por equidade, no valor de R$ 1.500,00. Contudo, em observância à Súmula citada, o valor deve ser alterado para em 5% sobre parcelas vencidas até a sentença, excluindo-se as parcelas vencidas após o *decisum,* o que se mostra correto e razoável, inclusive em termos percentuais.

Tal percentual se justifica, eis que é o que consta exatamente do pedido do INSS, não se podendo arbitrar o que ordinariamente esta Câmara o faz (10%) em razão do disposto na Súmula 45 do STJ, *in verbis*: *"No reexame necessário é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública"*.

Das custas judiciais.

Com relação às custas judiciais, embora o apelado não tenha sido condenado ao pagamento na sentença, denota-se que a Lei n. 3.779, de 1 de novembro de 2009, que dispõe sobre o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Groso do Sul, ao tratar do assunto, estabelece: *"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 de Seguro Social. § 2º - As custas processuais em relação ao INSS serão pagas, ao final, pelo vencido"*.

Esclareço que o referido dispositivo que isentava o INSS do pagamento das custas foi declarado inconstitucional, por ocasião do julgamento da ADI n. 2007.019365-0, em que o Relator, Des. Atapoã da Costa Feliz, houve por bem declarar a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei n. 3.151/2005 em face dos arts. 110 e 114, I, "e", da Constituição Estadual. O acórdão assim restou ementado:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE A ORGANIZAÇÃO DA CARREIRA DE PROCURADOR DE ENTIDADES PÚBLICAS – EXTENSÃO DE ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS PARA AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES DOS ENTES ESTATAIS – COMPETÊNCIA RESERVADA AO CHEFE DO PODER JUDICIÁRIO – REGIMENTO DE CUSTAS DOS ATOS PROCESSUAIS DO PODER JUDICIÁRIO – AFRONTA AOS ARTIGOS 110 E 114, INCISO I, ALÍNEA E DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.*
>
> *A iniciativa de Lei para conceder isenção de custas judiciárias e estender a sua incidência a outros entes, embora se trate de matéria tributária, cabe privativamente ao Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 114, inciso I, alínea e, da Constituição Estadual,*

> *por se tratar de matéria de organização e divisão judiciária, cuja iniciativa para sua alteração cabe ao Tribunal de Justiça. (J. 16.7.08)".*

Desse modo, o INSS que não goza de isenção, goza de um privilégio, que é o de efetuar o pagamento das despesas processuais ao final da demanda. Registro que esta Quinta Câmara Cível, ao tratar do assunto, tem assim decidido:

> *"Declarado inconstitucional o art. 46 da Lei n. 3.151/05 (Adin. 207.019365-0), não há isentar o INSS do pagamento das custas processuais, que serão devidas ao final, nos termos da Súmula n. 178 do Superior Tribunal de Justiça* (TJMS - 5ª Câmara - Apelação Cível n. 2012.09725-).
>
> *O INSS não goza de isenção do pagamento das custas, goza, em verdade, de um privilégio, que é o de efetuar o pagamento das despesas processuais ao final da demanda."* (TJMS - 5ª Câmara - Apelação / Reexame Necessário n. 00547-02.207.8.12.029 - Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva - julgado em 31 de julho de 2014).

Desse modo, a sentença deve ser mantida nesse ponto, no sentido de que as custas sejam pagas ao final da demanda, após o trânsito em julgado.

Dos juros e da correção monetária.

A respeito dos juros e da correção monetária, a partir do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, vinha entendendo que a inconstitucionalidade da correção monetária ocorreu apenas com relação ao período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e seu efetivo pagamento, uma vez que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 não foi objeto do pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal, em relação à sua constitucionalidade, já que não foi impugnado nas ADIs, e, portanto, continua em pleno vigor.

Ressalvado esse entendimento pessoal e considerando o posicionamento que vem adotando a Quinta Câmara Cível, hei por bem acompanhá-la nessa matéria a fim de que doravante seja aplicada à Fazenda Pública a correção e juros de mora da seguinte forma: a partir de 29/06/2009 até 25/03/2015 devem ser observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, nos termos da referida lei e a partir de 25/03/2015, o valor da condenação imposta à Fazenda Pública deveria ser corrigido monetariamente pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) e juros moratórios nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, até o seu efetivo pagamento.

Sendo assim, deve ser alterada a sentença nesse ponto, o que é possível fazer em sede de reexame de sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso obrigatório e do recurso de apelação interposto por Acir Francisco de Carvalho, dando-lhes provimento para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a implementar o benefício da aposentadoria por invalidez, que deverá ser pago a partir da data de cessação do auxílio-doença. As prestações vencidas nesse período deverão ser adimplidas de uma só vez, com correção monetária e juros de mora da seguinte forma: a partir de 29/06/2009 até 25/03/2015, deverão ser observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, nos termos da referida lei e a partir de 25/03/2015, o valor da condenação imposta à Fazenda Pública deveria ser corrigido monetariamente pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial) e juros moratórios nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança.

Por sua vez, conheço do apelo interposto pelo INSS e dou-lhe parcial provimento apenas para arbitrar os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre as prestações vencidas até a sentença, excluindo-se as prestações vincendas, conforme Súmula 111 do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Acir Francisco de Carvalho e ao reexame necessário e proveram parcialmente o apelo de Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 29 de março de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801060-77.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO – TESTADOR VIVO – INEXISTÊNCIA DE DIREITOS DE TERCEIROS – FATO JURÍDICO MORTE NÃO OCORRIDO – HERDEIROS COM MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – VANTAGEM OU DESVANTAGEM QUE APENAS SE TORNARÁ LEGÍTIMA COM O ÓBITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER.

Tratando-se de ato de última vontade, característica única do testamento, que o diferencia de outros negócios jurídicos, considera-se que o agente manifestou aquela vontade somente ao perder a vida, embora a tenha materializado antecipadamente.

Enquanto não ocorra o fato jurídico da morte do testador, o ato testamentário, mesmo que nulo ou anulável, pertence-lhe com exclusividade, dele não se originando nenhuma vantagem ou direito a terceiros, nem, por conseguinte, nenhuma ameaça ou lesão a direito que tornaria jurídico o interesse em sua invalidação em vida do testador.

Inconteste, pois, que o ato que se consagra pela vontade à luz da fiscalização de um oficial público, sob a assistência de pessoas (testemunhas), tratando-se de mais uma propriedade exclusiva e personalíssima do testador, só se aperfeiçoa com o óbito do testador. E só se será discutível no momento oportuno em juízo apropriado, competente, para dotar-se de validade plena, cingido pela homologação do Estado, na lavra de um magistrado, conforme o artigo 1.125 do Código de Processo Civil.

Portanto, se a pretensão ajuizada se apresentou viável no plano objetivo, por ser necessária, adequada e útil para solucionar os reclamos do autor, presente está a condição da ação relativa ao interesse de agir.

Recurso conhecido e desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Antonio Gomes interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três lagoas, MS, que julgou extinta a demanda sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, por entender que falta interesse processual na ação declaratória de nulidade de testamentos ajuizada em face de Manoel Sérgio Gomes Viana.

O apelante, em seu recurso (f. 129/134), pretende a reforma da sentença declarando-se nulo o testamento, argumentando que a testadora não tinha plena capacidade e discernimento no momento da lavratura do testamento, ou seja, não tinha condições de gerir sua vida civil, enquadrando-se como absolutamente incapaz.

Sustenta que o apelante possui interesse processual, vez que diante das condições da testadora se viu obrigado a recorrer ao judiciário para dar nulidade ao testamento.

Intimado, o recorrido, Manoel Sérgio Gomes Viana, apresentou suas contrarrazões de apelação à f. 140/151 e pugnou pela manutenção da sentença.

Após, os autos foram remetidos ao Ministério Público (PGJ), que emitiu parecer (f. 159/163), tendo opinado pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antonio Gomes contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três lagoas, MS, que julgou extinta a demanda sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, por entender que falta interesse processual.

Conforme relatado, o apelante pretende a reforma da sentença declarando-se nulo o testamento, argumentando que a testadora não tinha plena capacidade e discernimento no momento da lavratura do testamento, ou seja, não tinha condições de gerir sua vida civil, enquadrando-se como absolutamente incapaz. Sustenta que o apelante possui interesse processual, vez que diante das condições da testadora se viu obrigado a recorrer ao judiciário para dar nulidade ao testamento.

Versam os autos sobre ação declaratória de nulidade de testamento e outros atos jurídicos, movida por Antonio Gomes em face de Manoel Sérgio Gomes Viana, alegando, em síntese, que a testadora Esther Josepha Gomes, no momento do testamento, não dispunha de total discernimento de seus atos em razão do acometimento da doença de Alzheimer, justificando que tal circunstância enseja a nulidade do testamento, ora em favor do requerido.

Em contestação apresentada, o réu aduziu que a testadora está viva e que a discussão em torno da nulidade do testamento só é viável após a sua morte, aduzindo que a testadora gozava de sua plena capacidade civil no momento da lavratura do testamento, requerendo a improcedência da demanda.

Acerca do interesse de agir, sabe-se que o provimento jurisdicional pleiteado há de ser o necessário e o adequado para resolver o problema aventado, sob pena de que, partindo da situação pranteada pela autora e do provimento efetivamente solicitado, a atividade jurisdicional não caminhe para um resultado útil.

Deveras, a possibilidade de um resultado útil para o processo é que consubstancia o interesse processual. O seu fundamento repousa exatamente no binômio necessidade mais adequação, como ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

> *"Interesse de agir - Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada."*

Como ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery[1], em sua obra, *"existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático"*.

Dito isso, a respeito do caso concreto, importa observar que o apelante não está na condição de curador da testadora, inexistindo nos autos termo de curatela, tampouco, notícia de ação de interdição em desfavor da testadora a ensejar a afirmação de que ela é absolutamente incapaz.

Com efeito, apenas com a morte do testador insurgirá aos contemplados (ou não) no testamento interesse jurídico na declaração de sua nulidade, visando à tutela da herança ou legado, que, em vida do testador, não existem como objeto de direito e, sim, como mera expectativa, a se confirmar ou não.

É cediço que todo negócio jurídico precisa de uma vontade, que, para ser válida, há de ser enunciada por agente capaz e no caso dos autos o testamento não é diferente. Entretanto, tratando-se de ato de última vontade, característica única do testamento, que o diferencia de outros negócios jurídicos, considera-se que o agente manifestou aquela vontade somente ao perder a vida, embora a tenha materializado antecipadamente.

No caso, verifica-se que o testamento está feito, pode ser válido ou não. Mas enquanto não ocorra o fato jurídico da morte do testador, o ato testamentário, mesmo que nulo ou anulável, pertence-lhe com exclusividade, dele não se originando nenhuma vantagem ou direito a terceiros, nem, por conseguinte, nenhuma ameaça ou lesão a direito que tornaria jurídico o interesse em sua invalidação em vida do testador.

Acresça-se que o caso dos autos não se discute as condições familiares, muito menos as condições de saúde da autora agora ou outrora mas, sim, a análise do momento em que o testamento estará eivado de direitos a terceiros.

Inconteste, pois, que o ato que se consagra pela vontade à luz da fiscalização de um oficial público, sob a assistência de pessoas (testemunhas), tratando-se de mais uma propriedade exclusiva e personalíssima do testador, só se aperfeiçoa com o óbito do testador. E só se será discutível no momento oportuno em juízo apropriado, competente, para dotar-se de validade plena, cingido pela homologação do Estado, na lavra de um magistrado, conforme o artigo 1.125 do Código de Processo Civil.

Conforme mencionou o Ministério Público, em seu parecer (f. 161):

> *"o testamento só começa a produzir efeitos após o falecimento de seu testador, podendo, até mesmo, ser alterado por este a qualquer tempo, desde que continue apto a praticar os atos da vida civil. Acerca da eficácia do testamento, leciona Carlos Roberto Gonçalves que: É, também, ato causa mortis: produz efeitos somente após a morte do testador. Desse modo, até o falecimento dos disponentes fica sem objeto o ato em que a pessoa dispõe do patrimônio para depois do próprio óbito. A abertura da sucessão é requisito primordial para se cumprirem os fatos jurídicos nele previstos. Chama-se causa mortis exatamente porque é pressuposto necessário, para que tenha eficiência, a morte do prolator"*.

1 **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 3ª edição, Ed. RT, nota de rodapé, ao art. 267, do CPC.

Sobre o tema, vejamos os julgados dos tribunais:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO - CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA - PROVA DA INCAPACIDADE - TESTADOR VIVO - SITUAÇÃO ACAUTELADA - RISCO DE PERECIMENTO - MEDIDAS PRÓPRIAS - FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Por se tratar de ato de última vontade, considera-se que o testador manifestou aquela vontade somente ao perder a vida, embora a tenha materializado antecipadamente. 2. Enquanto não ocorra o fato jurídico da morte do testador, do ato testamentário não se originam vantagem ou direito a terceiros, nem ameaça ou lesão a direito que tornariam jurídico o interesse na sua anulação em vida do testador. 3. Herdeiros que detêm mera expectativa de direito não têm interesse jurídico na anulação do testamento de pessoa viva. 4. O interesse no exercício antecipado da atividade de constituição de meios de prova é tutelado pelo ordenamento jurídico, que dispõe de medidas próprias para prevenir uma situação acautelada sob risco de periclitação. V.V. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. (IN) CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA. ART. 1.860 DO CCB/2002. Discutindo-se na ação de anulação de testamento a validade do negócio jurídico, em que se sustenta a incapacidade testamentária ativa, não são os autores carentes da ação, devendo-lhes ser oportunizada, sob pena de ofensa à ampla defesa, a produção de prova robusta de que, à época da testificação, não gozava a testadora de capacidade para a prática dos atos da vida civil.* (TJ-MG - AC: 10016120080490001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/08/2013)

> *TESTAMENTO - Ação de anulação – Testador ainda vivo - Descabimento - Somente após a morte do testador se poderá questionar sobre a validade do ato de última vontade – Matéria tratada na presente demanda que irradia seus efeitos na questão sucessória, o que não se Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admite (art. 426 do CC)- Decreto de interdição da testadora que não autoriza a discussão prematura acerca da validade de seu testamento - Decreto de extinção do feito mantido Recurso desprovido"* (TJSP, Apelação n. 0000825-11.2008.8.26.0568, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. De Santi Ribeiro, julgada em 6/12/2011).

Assim, no caso concreto, diante da fundamentação apresentada, realmente não há interesse de agir, devendo ser mantida a sentença objurgada.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso de apelação interposto, mas 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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 31 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800312-49.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORPO ESTRANHO EM REFRIGERANTE – FALTA DE INGESTÃO DO PRODUTO – AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS – MERO ABORRECIMENTO E DISSABOR DA VIDA COTIDIANA – NÃO INDENIZÁVEIS PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM ENCAMINHAMENTO DE CÓPIAS PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS QUE SE TORNAREM CABÍVEIS.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a falta de ingestão de produto inadequado ao consumo configura, em regra, mero dissabor ou aborrecimento comum do cotidiano do consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente do alegado dano moral, posto que não é o bastante para atingir seu patrimônio imaterial, ou seja, dano à imagem, à intimidade, à vida privada, à honra ou à sua dignidade, ressalvada, todavia, a adoção de medidas administrativas e multas que porventura se tornarem cabíveis.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e determinar a remessa de cópia integral dos autos a ANVISA, à Vigilância Sanitária do Município e ao Ministério Público, a fim de que sejam tomadas as medidas cabíveis, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de recurso de apelação interposta por Janete Cramoliche, em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que, na ação de reparação por danos morais, aforada em desfavor de Coca-Cola Indústria Ltda, julgou improcedente o pedido da inicial.

Alega ser proprietária de um pequeno trailer, de onde tira o seu sustento e de sua família, razão pela qual enquadra no conceito de destinatário final, pois enfrenta o mercado de consumo de forma vulnerável, não afigurando-se acertada a decisão do magistrado condutor do feito em não acolher a inversão do ônus da prova.

Sustenta que a empresa apelada possui responsabilidade objetiva, na qual não se busca a culpa do agente, bastando a causalidade entre o dano e o fato causador.

Destaca que o laudo pericial foi categórico ao concluir que o refrigerante coca-cola era impróprio ao consumo; que a autora não violou a tampa do produto e não foi responsável pela entrada de oxigênio em seu interior, restando caracterizada a falha na manutenção ou no transporte do produto. Alie-se, ainda, que a parte ré não fez qualquer prova da falha do armazenamento do produto.

Defende a existência de dano moral, face a farta produção de provas que produziu, notadamente as testemunhais, fotos, páginas de internet, atestados médicos, vigilância sanitária e perícia técnica especializada, que demonstraram que a autora sofreu prejuízos de econômicos e emocionais em decorrência dos fatos, sofrendo abalo emocional de tal magnitude que foi obrigada a submeter-se a tratamento psiquiátrico.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença recorrida, condenando a empresa apelada ao pagamento de indenização por danos morais, bem como ao pagamento dos honorários de advogados, invertendo-se o ônus da prova.

Contrarrazões às fls. 520-537, pleiteando a manutenção da sentença guerreada, e, de forma alternativa, a redução do *quantum* para o patamar de R$ 1.000,00.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Janete Cramoliche, em face da sentença de fls. 490-498, que, na ação de reparação por danos morais, aforada em desfavor de Coca-Cola Indústria Ltda, julgou improcedente o pedido da inicial.

Consoante a prefacial, a autora é proprietária de um trailler, estacionado ao lado da Escola Vila Brasil, naquela cidade, onde comercializa lanches para os alunos no período de recreação, e, nesta oportunidade, vende o refrigerante coca-cola, fracionando a garrafa de 2 litros em copos plásticos de 180ml.

Informa que, na data de 18.2.2013, quando foi comercializar um copo da bebida a um dos alunos, notou um objeto estranho em seu interior, o que lhe causou espanto e repudio.

Complementa que tal fato repercutiu nas redes sociais e *sites* da internet, causando dano à imagem de seu estabelecimento, razão pela qual pretende ser indenizada pelo danos morais sofridos.

Nada obstante os argumentos expendidos pela recorrente, o pleito de reforma não comporta guarida.

De início destaco que, a despeito do entendimento esposado na sentença *a quo,* reputo que o vínculo jurídico havido entre as partes consubstancia relação de consumo, afigurando-se aplicável ao presente caso o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, embora não seja a autora, ora recorrente, tecnicamente a destinatária final do produto oferecido pela empresa apelada, clarividente que aquela se apresenta em situação de vulnerabilidade, sendo que, em situações tais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em mitigação ao critério finalista, tem aplicado as normas consumeristas.

Assim, consoante o entendimento dos tribunais superiores, para a inclusão no rol de consumidores, a parte deve apresentar a vulnerabilidade necessária à desequilibrar a relação havida, seja ela econômica, técnico ou jurídica (Teoria finalista aprofundada ou mitigada).

Insofismável, pois, que no caso em comento a apelante não reúne conhecimento técnico, cientifico, econômico e jurídico, sobretudo em face de empresa apelada, multinacional de aporte e poderio global, à evidenciar a sua vulnerabilidade com relação a Empresa Coca-Cola.

Em hipóteses assim, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser aplicável a teoria finalista de forma mitigada, conforme se infere dos seguintes arestos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL (...) APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGAÇÃO (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade (...)".* (AgRg no AREsp 601.234/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julg.: 12/05/2015)

> *"AGRAVO INTERNO – AGRAVO (...) APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR - TEORIA FINALISTA MITIGADA (...) 4.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor 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. Precedentes (...)".* (AgRg no AREsp 402.817/RJ. Rel.: Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julg.: 17/12/2013)

E, ainda, deste Tribunal Estadual de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR: AGRAVO RETIDO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – RELAÇÃO DE CONSUMO – TEORIA FINALISTA MITIGADA – IMPOSSIBILIDADE – MÉRITO: DANOS MORAIS – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – DANO "IN RE IPSA" – "QUANTUM" FIXADO COM BASE NA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – COBRANÇA E NEGATIVAÇÃO REALIZADA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – INEXISTÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS – COMPROVAÇÃO – ÔNUS DO CONSUMIDOR - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – ART. 21, "CAPUT", DO CPC – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. 1. A jurisprudência do STJ tem mitigado a teoria finalista para aplicar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, apesar de não ser tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade."* (Apelação 0016598-04.2009.8.12.0002 - Dourados. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. 3ª C. Cível. 18.8.2015.)

> *"E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - APLICAÇÃO DO CDC - TEORIA FINALISTA MITIGADA - INSCRIÇÃO DO NOME DA EMPRESA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DÉBITO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DA DÍVIDA – SUSPEITA DE CLONAGEM DOS APARELHOS MÓVEIS - RESTRIÇÃO INDEVIDA - PESSOA JURÍDICA – LESÃO À HONRA OBJETIVA - INDENIZAÇÃO - QUANTUM MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. Segundo precedentes do STJ, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica, se comprovada sua hipossuficiência e vulnerabilidade e, ainda, que se utilizou do serviço como destinatária final. Incidência da teoria finalista mitigada."* (Apelação 0000365-21.2008.8.12.0016 - Mundo Novo. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª Câmara Cível. 7.10.2014.)

Por considerar verificada no caso concreto a vulnerabilidade técnica da recorrente, entendo aplicável ao caso as disposições de Código de Defesa do Consumidor, de sorte que, por se tratar de relação de consumo, a *vexata quaestio* deve ser apreciada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil da empresa fabricante é objetiva, a teor do disposto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, somente será excluída se restar comprovado que não colocou o produto no mercado, a inexistência de defeito no produto, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º, I, II, e III, do CDC).

Portanto, todo aquele que exerce uma atividade no mercado de consumo assume o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.

No presente caso, a presença de elemento estranho no interior da garrafa de refrigerante restou devidamente demonstrada. Igualmente provado que a consumidora recorrente não ingeriu o refrigerante contendo a sustância estranha em seu interior, conforme, inclusive, asseverou.

Ocorre que mesmo a responsabilidade objetiva não dispensa a prova do dano e do nexo causal, não gerando de forma automática o dever de indenizar.

Desta feita, ainda que se reconheça a situação desagradável a situação vivenciada pela apelante ao adquirir um produto inadequado para consumo e que isso tenha causado sentimentos de repugnância, não é o bastante para atingir seu patrimônio imaterial, ou seja, dano à imagem, à intimidade, à vida privada, à honra ou à sua dignidade como consumidora, não passando o ocorrido, no máximo, de um dissabor ou aborrecimento comum do cotidiano.

É verdade que relata que seu estabelecimento sofreu danos à imagem, porém, não menos verdade que, tal qual destacado na sentença de gênese, a própria autora/recorrente, incumbiu-se de gerar publicidade negativa aos seus negócios, na medida em que postou nas redes sociais o evento que reputa danoso. Observe-se:

> *"Quanto à repercussão do fato em prejuízo da imagem de comerciante ostentada pela autora, depreende-se dos documentos apresentados na inicial que ela própria foi quem deu publicidade ao fato, através de uma publicação nas redes sociais, em que relata o que segue (f. 17): "Hoje fiquei muito indignada! Logo de manhã me decepcionei ao encontrar um "troço" estranho dentro de uma coca-cola de 2 litros. Na verdade me assustei ao ver "aquilo" dentro de um refrigerante, pois eu e minha família tomamos todos os dias. Ainda bem que vi antes de abrir, pois quase vendi o refrigerante para as crianças da escola. Já pensou se tivesse vendido? Isso é Brasil meus amigos!!!!!! Janete Cramoliche"*

Colaciono, a propósito, a lição do Mestre Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

> *"Alguns fatos da vida não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratempos. São os dissabores ou transtornos normais da vida em sociedade, que não permitem a efetiva identificação da ocorrência de dano moral. Um acidente de trânsito, por exemplo, com danos meramente patrimoniais, constitui um transtorno para os envolvidos, mas, certamente, não permite a identificação, na imensa maioria dos casos, da ocorrência de dano moral para qualquer deles. (...). Os simples transtornos e aborrecimentos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, por si sós, para caracterizarem um dano moral. Deve-se avaliar, no caso concreto, a extensão do fato e suas conseqüências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral. (...)." (In Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor; São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226-7).*

Demais disso, a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Observe-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. EMBALAGEM DE REFRIGERANTE. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a* ***ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral****. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AGravo em Recurso Especial 489.030 - SP (2014/0058871-3) Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 16.4.2015). Grifei
>
> *"RECURSO ESPECIAL DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL.* ***PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO.*** *EMBALAGEM DE REFRIGERANTE LACRADA. TECNOLOGIA PADRONIZADA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR. ÂMBITO INDIVIDUAL. 1. Cuida-se de demanda na qual busca o autor a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da aquisição de refrigerante contendo inseto morto no interior da embalagem. 2.* ***No âmbito da jurisprudência do STJ, não se configura o dano moral quando ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo,*** *em virtude da presença de objeto estranho no seu interior, por não extrapolar o âmbito individual que justifique a litigiosidade, porquanto atendida a expectativa do consumidor em sua dimensão plural. 3. A tecnologia utilizada nas embalagens dos refrigerantes é padronizada e guarda, na essência, os mesmos atributos e as mesmas qualidades no mundo inteiro. 4. Inexiste um sistemático defeito de segurança capaz de colocar em risco a incolumidade da sociedade de consumo, a culminar no desrespeito à dignidade da pessoa humana, no desprezo à saúde pública e no descaso com a segurança alimentar. 5. Recurso especial provido.* (REsp 1395647/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, em 18/11/2014). Grifei
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. DANO MORAL. DECISÃO MANTIDA. 1.* ***Consoante a jurisprudência desta Corte, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável****. 2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp nº 445.386/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014). Grifei.
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANÁLISE DA INGESTÃO DO ALIMENTO IMPRÓPRIO. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL INEXISTENTE. SÚMULA 83/STJ. 1. A revisão do acórdão, que concluiu pela ausência de ingestão de alimento impróprio para consumo, demanda o incursionamento na matéria fático-probatória. Incidência do enunciado da Súmula 7/STJ. 2.* ***Segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo, por força da presença de objeto estranho, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação****. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1305512/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, 20/06/2013). Grifei

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. OBJETO METÁLICO CRAVADO EM BOLACHA DO TIPO 'ÁGUA E SAL'.* ***OBJETO NÃO INGERIDO. DANO MORAL INEXISTENTE. 1.*** *A simples aquisição de bolachas do tipo 'água e sal', em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo,* ***sem que houvesse ingestão do produto, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação.*** *Precedentes. 2. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que houve inequivocamente vício do produto que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, caput, do CDC. Porém, não se verificou o acidente de consumo, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida. 3. De ofício, a Turma determinou a expedição de cópias à agência sanitária reguladora para apurar eventual responsabilidade administrativa. 4. Recurso especial principal provido e adesivo prejudicado. (*REsp nº 1.131.139/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010). Grifei

> *"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. 1.* ***A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, de provocar dano moral****. 2. 'O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige'* (AgRgREsp nº 403.919/RO, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/6/03). *3. Recurso especial conhecido e provido*. (REsp 747.396/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/03/2010). Grifei

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AQUISIÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - EXTRATO DE TOMATE CONTAMINADO POR COLÔNIAS FÚNGICAS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO DA FABRICANTE DO PRODUTO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS, HAJA VISTA NÃO TER SIDO CONFIGURADO O ACIDENTE DE CONSUMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. 1. A orientação jurisprudencial esposada por esta Excelsa Corte é no sentido de que* ***a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor,*** *o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes. 2. Agravo regimental* desprovido (AgRg no AREsp 489.325/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/06/2014). Grifei

Desta feita, ainda que tenha a apelante consumidora experimentado situação de incomodo e aborrecimento, o reconhecimento do direito à indenização por danos morais, em casos como este, provocaria, em realidade, forte banalização do instituto. O dano moral deve ser reconhecido com parcimônia, não podendo abarcar indenizações por qualquer adversidade, revés ou contratempo que as pessoas tenham na vida em sociedade, ressalvada, todavia, a adoção de medidas administrativas e multas que porventura se revelarem cabíveis, notadamente porque, a despeito da não configuração de dano moral, inadmissível seja colocado no mercado, à disposição do consumidor, produtos nessas circunstâncias.

Objetiva-se, com isso, a vedação do enriquecimento sem causa, conforme o entendimento a seguir transcrito: "*a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela o sofrimento (...) capaz de ensejar indenização por danos morais*." (STJ- AgRg no Ag nº 276.671/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 4/4/2000).

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença, determinando, porém, a remessa de cópia integral dos autos ao Ministério Público, mais precisamente à Promotoria de Defesa do Consumidor da comarca de Fátima do Sul, bem como à Vigilância Sanitária daquele município e à Anvisa, para fins de adoção das providências e sanções ou multas administrativas que se revelarem cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e determinaram a remessa de cópia integral dos autos a Anvisa, à vigilância sanitária do município e ao Ministério Público, a fim de que sejam tomadas as medidas cabíveis, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 03 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0840058-14.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO – ESCAVAÇÃO DE BURACO EM CALÇADA COM VISTAS A INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA – CONSTATAÇÃO DE EQUÍVOCO DEPOIS DE CONCLUÍDA A ESCAVAÇÃO – NÃO REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS POR MAIS DE TRÊS MESES – DESCASO COM O CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO *IN RE IPSA* – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – PERDAS E DANOS – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – POSSIBILIDADE – JUROS E CORREÇÃO – MARCOS INICIAIS – ADOÇÃO DO IGPM COMO INDEXADOR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Tratando-se de concessionária de serviço público, responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, somente podendo ser afastado o dever de indenizar caso comprovado fato exclusivo da vítima, de terceiro ou caso fortuito ou força maior.

Aplicam-se ao caso, além disso, as normas espelhadas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive no tocante à configuração de responsabilidade objetiva.

Acresça-se que, embora não se tenha concluído o corte do fornecimento da água, o ato de quebrar a calçada do apelante, tendente à prática da interrupção, a despeito de todos os esclarecimentos havidos e nas circunstâncias em que a conduta ilícita se desenvolveu, somando-se a isso o descaso também delineado no momento posterior, deixando a calçada sem o devido reparo, por expressivo lapso temporal, cerca de três meses, culminaram por gerar humilhação e constrangimento moral ao consumidor, inclusive na presença de clientes, vizinhos, transeuntes, maculando-o com pecha de mau pagador, inadimplente, trazendo a lume, inclusive, a caracterização de dano moral *in re ipsa*.

O valor da indenização, em situações desse jaez, não pode ser fixado em *quantum* irrisório a ponto de não estimular o agressor a refletir sobre a incorreção de sua conduta. Deve ser significativo para inibí-lo e impedir a reincidência, sensibilizando-o que é muito mais vantajoso ser mais cauteloso em suas ações do que arcar com indenizações pela má prestação de seus serviços, sem que isso, por outro lado, represente enriquecimento ilícito ao consumidor.

O valor devido deve ser corrigido monetariamente pelo IGPM, por ser o indexador mais adequado para aferição da desvalorização monetária, que não contém componente de remuneração financeira em sua fórmula.

Em se tratando de condenação por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, a data inicial para a incidência do juro de mora é a partir citação válida, sendo que o termo *a quo* para incidência da correção monetária é a data do arbitramento (Súmula 362, STJ).

Em consonância com o princípio da reparação integral, ao vencedor deve ser ressarcido, a título de perdas e danos, o valor gasto na contratação de advogado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de apelação cível interposta por João Victor Santos Lapa, irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos nº 0840058-14.2014.8.12.0001.

Consta que ajuizou ação de obrigação de fazer e reparação por danos morais em face da concessionária de serviço público de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto Águas Guariroba S.A., vez que no dia 07/11/2014 funcionários da empresa compareceram ao seu salão de beleza, em pleno horário de expediente, e começaram a quebrar a calçada visando desativar o hidrômetro e o fornecimento de água.

Não possuía débitos em aberto, inclusive apresentou as faturas quitadas, sem que referidos funcionários cessassem a quebradeira na calçada.

Após quebrarem a calçada e localizarem a numeração do hidrômetro, tais funcionários constaram que haviam cometido um equívoco, porquanto não se referia à unidade consumidora que possuía débitos. Apesar disso, a apelada sequer manifestou o propósito de consertar a calçada danificada por seus funcionários, atrapalhando a entrada em seu estabelecimento.

Experimentou danos morais, pela situação constrangedora a que foi submetido perante seus clientes e vizinhança, e também danos materiais, inclusive com a contratação de advogado.

Sobreveio a sentença (fls. 95/100), realçando que a situação, embora possa ser reconhecida como desagradável, consubstanciou-se em mero dissabor, não suficiente a causar transtornos psicológicos, humilhação ou vexame à qualquer pessoa que seja. Foram, portanto, julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Daí por que foi interposta a apelação, acrescentando, o apelante, que somente depois de a concessionária ter sido citada da ação, cerca de três meses após, é que providenciou o conserto da calçada, não bastasse os danos morais gerados, que se configuram *in re ipsa*.

A apelada, em suas contrarrazões (fls. 133/141), posicionou-se pela mantença da sentença. Alternativamente, seja o valor indenizatório fixado com espeque nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme art. 944 do CC, com correção pelo INPC, juros de mora a partir da data de sua fixação.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por João Victor Santos Lapa irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos nº0840058-14.2014.8.12.0001.

Consta que ajuizou ação de obrigação de fazer e reparação por danos morais em face da concessionária de serviço público de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto Águas Guariroba S.A., vez que no dia 07/11/2014 funcionários da empresa comparecerem ao seu salão de beleza, em pleno horário de expediente, e começaram a quebrar a calçada visando desativar o hidrômetro e o fornecimento de água.

Não possuía débitos em aberto, inclusive apresentou as faturas quitadas, sem que referidos funcionários cessassem a quebradeira na calçada.

Após quebrarem a calçada e localizarem a numeração do hidrômetro, tais funcionários constaram que haviam cometido um equívoco, porquanto não se referia à unidade consumidora que possuía débitos. Apesar disso, a apelada sequer manifestou o propósito de consertar a calçada danificada por seus funcionários, atrapalhando a entrada em seu estabelecimento.

Experimentou danos morais, pela situação constrangedora a que foi submetido perante seus clientes e vizinhança, e também danos materiais, inclusive com a contratação de advogado.

Sobreveio a sentença (fls. 95/100), realçando que a situação, embora possa ser reconhecida como desagradável, consubstanciou-se em mero dissabor, não suficiente a causar transtornos psicológicos, humilhação ou vexame a qualquer pessoa que seja. Foram, portanto, julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Daí por que foi interposta a apelação, acrescentando, o apelante, que somente depois de a concessionária ter sido citada da ação, cerca de três meses após, é que providenciou o conserto da calçada, não bastasse os danos morais gerados, que se configuram *in re ipsa*.

A apelada, em suas contrarrazões (fls. 133/141), posicionou-se pela mantença da sentença. Alternativamente, seja o valor indenizatório fixado com espeque nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme art. 944 do CC, com correção pelo INPC, juros de mora a partir da data de sua fixação.

Pois bem. Dos elementos de convicção reunidos neste caderno exsurge o parcial provimento da pretensão recursal em tela.

Mister se faz salientar, inicialmente, que o caso deve ser analisado à luz do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a apelada atua como concessionária de serviço público, no ramo do fornecimento de água e esgoto do município, submetendo-se, pois, às disposições espelhadas no referido diploma legal.

Inegável, de outro vértice, a falha na prestação do serviço, consistente no equivocado quebramento da calçada do apelante, tal como, aliás, admitido pela própria apelada.

Desponta desse contexto a responsabilidade objetiva da concessionária, a teor do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *" 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."*

Não menos verdade é que a responsabilidade do fornecedor só será excluída se restar comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II, do CDC), o que não ocorreu no caso versando, na medida em que a concessionária de serviço público não se desincumbiu do ônus de provar a licitude de sua conduta, somando-se a isso o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Diante disso, resta avaliar se a situação culminou por configurar ou não o dano moral, com os desdobramentos inerentes.

Restou incontroverso que a concessionária apelada, por seus prepostos, quebraram a calçada dantes mencionada, equivocadamente, a pretexto de existirem débitos em aberto, apesar de o apelante suplicar para que não o fizessem, mostrando, inclusive, faturas quitadas, enfim, que estava em dia com os pagamentos devidos. E mais: tudo isso na frente da clientela do apelante. Não bastasse, constatado o equívoco, sequer providenciaram o conserto da calçada, somente vindo a fazê-lo depois de tomarem conhecimento do ajuizamento da ação, cerca de três meses após.

Não podem ser olvidadas em situações desse jaez as normas que regem as relações de consumo, cogentes inclusive, assim como a teoria do risco da atividade, máxime considerando que aquele que presta serviço ao consumidor responde objetivamente pelos riscos inerentes à atividade que lhe acarreta lucro.

Realçada, no caso, a ausência de cautela da apelada quanto à prestação de seus serviços, na medida em que, apesar do esclarecimento do apelante acerca da abusividade e desnecessidade daquela drástica e extremamente constrangedora situação, continuaram os funcionários a quebrar a calçada até chegar ao hidrômetro, para, então, somente depois disso, admitirem o equívoco, em atitude que, inegavelmente, viola a ordem jurídica.

Não bastasse, atuaram com total descaso e desdém, posto que, apesar da humilhação, do vexame e dos danos causados ao apelante, se afastaram do local sem ao menos providenciar os reparos causados na calçada que, desnecessária e abusivamente, quebraram.

Insofismável que, nesse cenário, o apelante não sofreu apenas dissabores, mas tormentosa situação e sofrimento que ultrapassam os padrões da normalidade, que interferiram de maneira significativa em seu comportamento emocional, psicológico, causando-lhe angústia, aflição, desespero e desequilíbrio em seu bem-estar, sem contar o desgaste e a humilhação perante os clientes, vizinhos e pessoas que trafegavam pelo local.

Não se trata, portanto, de quadro que se limite a mero constrangimento, mas que implica em ofensa a direito da personalidade e ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que tais relações obrigacionais, justamente por ser um processo de colaboração entre as partes, impunham estrita observância aos deveres anexos ou laterais de conduta, como o de respeito, de informação, de colaboração, de probidade, de transparência e de agir conforme a equidade e a razoabilidade.

Aliás, percebe-se que a apelada, através de seus funcionários, nem se preocupou, na oportunidade, com as consequências e desdobramentos ocasionados ao apelante.

Destarte, vislumbram-se improcedentes as alegações acerca da inexistência do dano, que, *in casu*, decorre da própria conduta indevida, ensejando, assim, o dano moral *in re ipsa*, a dispensar comprovação concreta do infortúnio moral, bastando a simples comprovação do próprio fato, exigência esta que, consoante salientado alhures, restou satisfeita no caso enfocado, o que dá gênese à obrigação de reparar, ante a ofensa à honra subjetiva.

Nesse diapasão, aliás, o entendimento emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROVA DO DANO MORAL. SUFICIÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DO ATO ILÍCITO. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. (...) 2. É cediço na Corte que 'como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material'. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe in re ipsa. Afirma Ruggiero: 'Para o dano ser indenizável, 'basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito."* (Resp 608918/Rs, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 21.06.2004). 3. Precedentes desta Corte: RESP 575469/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 204825/RR, Relatora Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, DJ de 15.12.2003; AgRg nos EDcl no AG 495358/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 28.10.2003; RESP 496528/SP, Relator Ministro Sálvio DE Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; RESP 439956/TO, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 24.02.2003. *4. Recurso especial provido.* (REsp 709877/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 244).

De semelhante tom o posicionamento adotado por este Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR QUE APRESENTA REGULARIDADE NO PAGAMENTO DA FATURA MENSAL. DÉBITO APURADO UNILATERALMENTE, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE FALHA TÉCNICA NO EQUIPAMENTO DE MEDIÇÃO DE ENERGIA INSTALADA NA UNIDADE CONSUMIDORA. ATO ABUSIVO E ILEGAL. OFENSA AO DIREITO BÁSICO DE MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS, DE FORMA ININTERRUPTA. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. I) Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais do consumidor, permitindo o corte irrestrito do fornecimento de energia diante da falta de pagamento do valor consumido, razão pela qual, se o consumidor se encontrar inadimplente, o corte somente se justifica desde que observados os seguintes requisitos, consolidados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a) não acarrete lesão irreversível à integridade física do usuário; b) não tenha origem em dívida por suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; c) não decorra de débito irrisório; d) não derive de débitos consolidados pelo tempo; e, por fim, e) não exista discussão judicial da dívida. II) Não observados tais requisitos e praticado fora deles, o ato da concessionária é arbitrário, abusivo e ilegal, devendo reparar o dano moral ocasionado ao consumidor. III) A indenização deve ser fixada considerando-se os elementos da lide, como os transtornos gerados, a qualidade das pessoas em litígio e a capacidade econômica dos envolvidos, atendendo aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, sem que gere um enriquecimento sem causa à vítima. IV) Recurso conhecido e improvido."* (Proc. 0045031-21.2009.8.12.0001, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/01/2013; Data de registro: 23/01/2013).

> *"APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CORTE INDEVIDO DE SERVIÇO DE ÁGUA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA - REJEITADA - PERTINÊNCIA SUBJETIVA DOS CONSUMIDORES POR EQUIPARAÇÃO - MÉRITO: COMPROVAÇÃO DA SUPRESSÃO INDEVIDA DO*

> *FORNECIMENTO - VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - RAZOÁVEL E PROPORCIONAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. 1. O fato um dos autores não ostentar a titularidade da unidade consumidora não afasta sua legitimidade para figurar no pólo ativo da relação processual indenizatória contra empresa de saneamento. A pertinência subjetiva em demandas de tal jaez está atrelada aos atingidos pelas consequências da suspensão do serviço, configurados como consumidores por equiparação. 2. Segundo a Corte Superior, a suspensão ilegal do fornecimento do serviço dispensa a comprovação de efetivo prejuízo, uma vez que o dano moral nesses casos opera-se in re ipsa, em decorrência da ilicitude do ato praticado. 3. A indenização por dano moral deve ser fixada de maneira equitativa e em conformidade com as circunstâncias do caso, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima. 4. Evidenciada a suficiência do arbitramento da indenização pelos danos morais impingidos, não merece reparos a sentença objurgada."* (Proc. 0013989-59.2011.8.12.0008, Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Corumbá; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/08/2014; Data de registro: 15/08/2014)

Mister se faz salientar que, embora não se tenha concluído o corte do fornecimento da água, o ato de quebrar a calçada do apelante, tendente à prática da interrupção, a despeito de todos os esclarecimentos havidos e nas circunstâncias em que a conduta ilícita se desenvolveu, somando-se a isso o descaso também delineado no momento posterior, deixando a calçada sem o devido reparo, por expressivo lapso temporal, cerca de três meses, culminaram por gerar humilhação e constrangimento moral ao consumidor, inclusive na presença de clientes, vizinhos, transeuntes, maculando-o com pecha de mau pagador, inadimplente.

Portanto, plenamente demonstrada a conduta, o dano e o nexo de causalidade, emergindo o desacerto da sentença guerreada, em face da má prestação do serviço público que competia à concessionária executar.

Evidente que não pode ser equiparada a situação a uma mera cobrança indevida, sem nenhum outro efeito prático, pois que consistiu o ato em ação positiva, expondo em público o apelante, indevidamente.

Do *quantum* indenizatório:

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

> *"a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva."* (Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.)

Aplicando-se esses parâmetros ao caso concreto e considerando que a interrupção do fornecimento de água não chegou a se concluir, o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) atende às finalidades punitiva e pedagógica da indenização, não se revelando, assim, excessivo ou mesmo irrisório.

Com efeito, a errônea conduta da concessionária, motivada pela ausência absoluta de cautela no trato do consumidor/apelante, constitui conduta grave que, por certo, repercutiu negativamente na esfera jurídica de direitos do recorrente.

Nesse norte, emerge preocupante a falta de cuidado com a prestação de serviços desse naipe, que indubitavelmente culminam em falhas que geram inúmeros transtornos aos consumidores.

A conduta da apelada deve ser punida de maneira efetiva, não sendo razoável a fixação da indenização em quantia que não tenha o condão de desestimular a reincidência, a recalcitrância em erros por parte da empresa concessionária do serviço público de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto do município, que deve, aliás, prestar seu mister em estrita obediência ao princípio da continuidade do serviço público.

Resta ao Judiciário, nesse panorama, fixar indenizações cujos valores, além de se coadunarem às condições socioeconômicas das partes, se mostrem aptos a coibir a prática de novas condutas à semelhança, revestindo-se, inclusive, de caráter pedagógico.

De fato, não se pode olvidar que a indenização, em casos tais, também possui caráter educativo e pedagógico e, nessa esteira, não pode ser ínfima, sob pena de revelar-se inócua ao fim que se destina, mormente em se tratando, como no caso em pauta, de empresa concessionária de serviço público, sabidamente dotada de expressiva estrutura e grande capacidade patrimonial.

Justamente por isso o valor não pode ser fixado em *quantum* irrisório a ponto de não estimular o agressor a refletir sobre a incorreção de sua conduta. Deve ser significativo para inibí-lo e impedir a reincidência, sensibilizando-o que é muito mais vantajoso ser mais cauteloso em suas ações do que arcar com indenizações pela má prestação de seus serviços.

Portanto, sopesando todos esses fatores, o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) se afigura razoável e proporcional ao caso em tela, sequer apto a ensejar enriquecimento sem causa e, por outro lado, também capaz de servir de alerta à apelada quanto aos cuidados que devem nortear suas relações comerciais.

Aliás, o entendimento deste Areópago:

> *"Mantém-se a sentença que entendeu configurado o dever de indenizar, uma vez demonstrado nos autos que a instituição financeira deixou de cercar-se dos cuidados e da cautela necessários, agindo de forma negligente ao efetuar descontos relativos a empréstimo na conta de aposentada, sem que esta autorizasse ou houvesse assinado qualquer contrato. O quantum indenizatório deve ser fixado em observância aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade."* (Apelação nº 0801565-73.2012.8.12.0021, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Câmara Cível, j. 27.1.2015).

Não há, por outro lado, que se falar em perda do objeto por ter a apelada reparado a calçada, máxime considerando que tal somente veio a ocorrer depois de expressivo lapso temporal, a despeito dos transtornos e desgastes gerados nesse interregno, e, sobretudo, depois de a empresa ter tomando conhecimento do ajuizamento da ação. O conserto da calçada, pois, deve ser entendido como simples dano material, não abrangido na questão.

No que concerne ao pedido de ressarcimento da verba honorária contratual, no importe de 30% do valor da condenação, entabulada entre o apelante e seu advogado, a pretensão recursal comporta parcial acolhida.

Argumenta a apelante em suas razões sobre o direito à indenização por perdas e danos em razão do valor gasto na contratação de advogado.

Razão lhe assiste.

Primeiramente, é preciso salientar que o ordenamento jurídico contempla duas espécies de honorários advocatícios, quais sejam, os honorários contratados e os honorários sucumbenciais.

Os honorários contratados dizem respeito à remuneração avençada pela parte litigante e seu patrono quando da contratação dos serviços advocatícios podendo ser fixada em valor certo ou em percentual a incidir sobre eventual proveito econômico obtido pela parte ao término da demanda.

Por outro vértice, os honorários sucumbenciais são aqueles fixados pelo magistrado quando da prolação da sentença e que serão devidos ao causídico vitorioso na ação, sendo pagos pela parte que saiu perdedora.

Com efeito, o valor gasto com os honorários contratuais são retirados do patrimônio da parte lesada. Dessa forma, para que haja justa reparação do dano sofrido, é preciso que seja feita a recomposição deste valor.

Assim prevê o Código Civil em seus artigos 389, 395 e 404:

> *"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."*
>
> *"Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."*
>
> *"Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional."*

Nesse sentido é a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1. Os honorários advocatícios contratuais integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002. A fim de reparar o dano ocorrido de modo integral, uma vez que a verba é retirada do patrimônio da parte prejudicada, é cabível àquele que deu causa ao processo a reparação da quantia.*
>
> *2. Diversamente do decidido pela Corte de origem, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido da possibilidade da inclusão do valor dos honorários contratuais na rubrica de danos materiais. Agravo regimental improvido".* (AgRg no REsp 1410705/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015)

Não se pode admitir, ante o princípio da reparação integral, que os honorários convencionais pagos pelo credor, sejam por ele integralmente suportados sem qualquer ressarcimento pela parte devedora.

Da mesma forma, a ministra Nancy Andrighi, em decisão monocrática, deixou consignado que:

> *"O Código Civil de 2002 - nos termos dos arts. 389, 395 e 404 - determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos. Os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituírem crédito autônomo do advogado, não importam em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim, como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada - para que haja reparação integral do dano sofrido - aquele que deu causa ao processo deve restituir*

os valores despendidos com os honorários contratuais. Trata-se de norma que prestigia os princípios da restituição integral, da equidade e da justiça." (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/06/2011, Dje 24/06/2011).

E, no caso concreto, a apelada deu causa ao processo, desnecessariamente. O apelante, consoante salientado alhures, mesmo não possuindo pendência alguma, foi obrigado a contratar advogado, às suas expensas, a fim de judicializar o caso, vez que de outra forma não havia conseguido a solução devida. Não fosse a conduta ilícita da apelada, tal qual já destacada, não experimentaria necessidade alguma de realizar o gasto em questão, retirando de seu patrimônio os valores correspondentes, não se afigurando justo, portanto, que, apesar de reconhecido o seu direito, ainda suporte encargo que seria evitável, não fosse a lesão perpetrada pela empresa.

Desse modo, considerando que os honorários advocatícios provenientes da sucumbência não se confundem com os honorários contratuais e que estes últimos integram parcela das perdas e danos, deverão ser ressarcidos àquele que necessitou demandar em juízo e, para tanto, foi forçado a contratar advogado.

Nesse tom, aliás, posicionou-se esta Segunda Câmara Cível no julgamento da Apelação nº 0818532-59.2012.8.12.0001, de minha relatoria, restando assim formalizada a correspondente ementa:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – DANO MORAL À COLETIVIDADE – JULGAMENTO EXTRA PETITA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – DANOS MORAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE – VALOR MAJORADO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – IMPOSSIBILIDADE – ***HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – PERDAS E DANOS – PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL – POSSIBILIDADE*** *– ÔNUS SUCUMBENCIAL – MANTIDO – RECURSO DAS RÉS CONHECIDO E NÃO PROVIDO – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.*

- O julgamento extra petita afronta o princípio da congruência, que ventila a necessidade de haver exata correspondência entre o pedido encartado na inicial e o conteúdo da sentença.

- Há hipóteses em que o vício do julgamento extra petita existe, mas não tem força para invalidar a totalidade da sentença, bastando, para sua correção, a eliminação do excesso.

- O quantum indenizatório deve ser majorado e fixado em patamar que, além de proporcionar à ofendida compensação capaz de confortá-la pelo constrangimento psicológico e moral a que foi submetido, não importe em enriquecimento sem causa.

- É devida a compensação ou restituição dos valores pagos a maior de forma simples, ante a ausência de comprovação de existência de má-fé.

- Em consonância com o princípio da reparação integral, ao vencedor deve ser ressarcido, a título de perdas e danos, o valor gasto na contratação de advogado.

- Resta prejudicado o pedido da autora para que, para fins de cálculo dos honorários sucumbenciais, seja incluída a condenação em indenização por danos morais à coletividade, frente ao acolhimento de ofício da preliminar de julgamento extra petita." (g.n.)

Igualmente já decidiu esta Corte em recente julgado:

> *"E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REDIBITÓRIA C/C PERDAS E DANOS – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO RECHAÇADA - COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULO – VÍCIO OCULTO CONSTATADO – RESCISÃO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO STATU QUO ANTE –* ***HONORÁRIOS CONTRATUAIS DEVIDOS – RESSARCIMENTO SÓ DOS DANOS MATERIAIS EFETIVAMENTE COMPROVADOS*** *– CORREÇÃO E JUROS DE MORA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Tendo o apelante refutado os fundamentos da sentença, indicando os motivos de seu inconformismo com argumentos conexos com o provimento jurisdicional, devolvendo ao juízo ad quem o conhecimento da matéria objeto da controvérsia, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.*
>
> *Conforme o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, em caso de se constatar vício de qualidade no produto adquirido, poderá o consumidor exigir que a quantia paga lhe seja devolvida. O Código Civil, por sua vez, em seu art. 443, dispõe que em caso de vício oculto, a parte prejudicada pode requerer o desfazimento do negócio ou o abatimento do preço. Na hipótese, o autor adquiriu veículo usado que havia sido objeto de sinistro e que possui irregularidade passível de não aceitação por companhia de seguro. Vício oculto constatado. Caso em que o contrato deve ser rescindido, restabelecendo-se as partes ao status quo ante.*
>
> *Os danos materiais a serem ressarcidos devem ser somente aqueles efetivamente comprovados.*
>
> ***Os honorários convencionais correspondem a um decréscimo patrimonial do vencedor, logo, integram o valor devido a título de perdas e danos ao autor.***
>
> *Situação vivenciada pelo consumidor que ultrapassou a barreira do tolerável, do mero dissabor, logo, caracterizado o dever dos requeridos em indenizar o autor pelos danos morais que suportou."* (grifei) (AC 0059419-11.2011.8.12.0001, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/06/2015; Data de registro: 22/06/2015).

Dessa forma, deve ser reformada a sentença para condenar o apelado a restituir à autora o valor dos honorários contratuais descritos no contrato de prestação de serviços advocatícios, consoante cópia acostada às fls. 31/32, todavia, limitado ao percentual de 20% (vinte por cento), teto máximo fixado pelo Código de Processo Civil então vigente.

No que concerne aos ônus sucumbenciais:

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa tida como injusta quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Na fixação dos honorários advocatícios deve o julgador fazer uma apreciação eqüitativa, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

In casu, observo que se trata de causa não apresenta nenhum grau de dificuldade, inclusive, por desnecessária a produção de provas testemunhais, perícias, audiência, etc, e atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, entendo justo se fixar em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, considerando que a presente causa não apresenta complexidade. Ao contrário, relativamente simples. Tanto que não foi necessária a realização de audiência, perícias, etc., com apresentação tão somente das peças de praxe, em atenção, ainda, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A recorrida requereu que, verificando-se condenação de cunho reparatório, a correção deveria ser desenvolvida pelo INPC, consoante disposição do art. 4º, da Lei 8.177/91, e arts. 389 e 305, do CPC. Os juros de mora e a correção, por sua vez, deverão incidir somente a partir da data de sua fixação, nos termos do art. 407, do CC e da Súmula 362, do STJ, bem como em face dos precedentes da citada Corte Superior.

Entretanto, melhor sorte não lhe ampara. Vislumbrando-se relação jurídica entre as partes decorrente de contrato, consoante artigo 405, do Código Civil, os juros de mora devem incidir a partir da citação.

Neste sentido, inclusive, já se manifestou esta Câmara:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – NÃO DEMONSTRADA – ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AO BANCO E DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU – DANO MORAL – CONFIGURADO – MODIFICAÇÃO DO VALOR ARBITRADO – DESCABIMENTO – QUANTIA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL –* ***TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – RELAÇÃO CONTRATUAL – CITAÇÃO VÁLIDA*** *– MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DO CONSUMIDOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nos casos de manutenção indevida do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes, mesmo após o pagamento, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.* ***Em se tratando de condenação por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, a data inicial para a incidência do juros de mora é a partir citação válida, conforme dispõem os arts. 405, do CC e 219, do CPC****. O órgão julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado (grifei)."* (Ap. Cível 0803595-07.2013.8.12.0002, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julg. em 28/04/2015).

Do índice de correção monetária:

Quanto ao indexador da atualização monetária, deve ser fixado o IGPM/FGV por ser o que melhor reflete a variação inflacionária em um determinado período. Assim, já decidiu essa Segunda Câmara Cível:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – INVALIDEZ PERMANENTE – SALÁRIOS-MÍNIMOS VIGENTES NA DATA DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – IGPM-FGV E JUROS DE MORA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS – RECURSO DA PARTE PARCIALMENTE PROVIDO E DA SEGURADORA NÃO PROVIDO. No caso de Seguro DPVAT, basta que esteja configurada a invalidez permanente da vítima, ainda que parcial, para fazer jus ao recebimento do benefício em seu valor máximo.* ***O IGPM/FGV é o índice que melhor reflete a variação inflacionária em determinado período, devendo ser adotado como indexador da correção***

> ***monetária.*** *Sendo estabelecida a indenização em valor equivalente a salários mínimos vigentes à época do acidente, é também daquele momento o termo inicial para incidência da correção monetária.* ***Os juros moratórios devem ser contados a partir da citação.*** *Observados os requisitos previstos no artigo 20, § 3º do CPC, não há falar em majoração dos honorários."* (Apelação Cível - Sumário - N. 2010.029552-1/0000-00 - Corumbá, Relator Des. Julizar Barbosa Trindade, Segunda Turma Cível, j. 19.10.2010). (destaquei)

No mesmo sentido:

> *"Os juros de mora não podem ser calculados pela taxa SELIC. A incidência, contada da citação, corresponde a 1% (um por cento) ao mês, a teor do art.406 do Código Civil, cumulado com o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.* ***O valor devido deve ser corrigido monetariamente pelo IGPM, por ser o indexador mais adequado para aferição da desvalorização monetária, que não contém componente de remuneração financeira em sua fórmula, sendo amplamente adotado pela jurisprudência****, incidindo desde a data do inadimplemento de cada parcela."* (Apelação nº 0077708-07.2009.8.12.0001, Des. Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, j. 04/08/14).

Nessa esteira manifestou-se a 3ª Câmara Cível, que, ao analisar recurso que tratava de indenização por danos morais, definiu: *"A correção monetária deve incidir pelo IGPM/FGV, por ser o índice que melhor reflete a realidade inflacionária do período."* (Apelação nº 0001296-95.2010.8.12.0002, Rel. Eduardo Machado Rocha, j. 19/05/15).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de condenar a empresa Águas Guariroba S.A. ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais experimentados pelo apelante João Victor Santos Lapa, atualizados monetariamente pelo IGPM, a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data da citação, assim como para o fim de condenar a apelada a indenizar o apelante, a título de perdas e danos, quanto aos honorários que pactuou em contrato com o advogado que constituiu, no limite de 20%.

Por conseguinte, inverto os ônus sucumbenciais, restando a apelada responsável, portanto, pelo pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor total e atualizado da condenação.

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. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 21 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0803764-72.2015.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 532 DO STJ – CONDUTA ILÍCITA DEMONSTRADA – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O envio de cartão de crédito sem a solicitação por parte do consumidor denota a abusividade da conduta da instituição bancária, que enseja o pagamento de danos morais, consoante entendimento realçado pelo Superior Tribunal de Justiça e consubstanciado na Súmula nº 532, que assim espelha: *"Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa"*.

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido a devida compensação, confortando-o pelo constrangimento psicológico a que foi submetido, servindo, ainda, como fator de punição para que o ofensor reanalise sua atuação comercial, evitando a recalcitrância da conduta indevida em casos análogos. Tendo em vista estes critérios, a quantia fixada a título de danos morais deve ser reduzida para o importe de R$ 10.000,00, visto ser mais razoável e condizente com a finalidade do instituto e adequada às particularidades vislumbradas no caso concreto.

Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Banco Bradesco S/A interpõe o presente recurso de apelação, em face da sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, na ação de indenização por danos morais que lhe move Fernanda Silva Lamblem Beretta.

Referida sentença julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando a instituição bancária ao pagamento do valor de R$ 15.000,00 a título de danos morais, corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% ao mês, a partir da prolação da sentença; bem como ao ressarcimento dos honorários contratuais, no valor de R$ 4.000,00, acrescido de correção monetária pelo

INPC e juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Em suas razões recursais, sustenta a inexistência de responsabilidade à supedanear o ressarcimento por dano morais, aliando-se, ainda, que o episódio narrado configura mero dissabor, incapaz de romper o equilíbrio psicológico de qualquer pessoa.

Aduz que o valor dos danos morais foi fixado de forma excessiva e desproporcional, notadamente porquanto repercutiu apenas na demora da baixa do gravame, sequer gerou negativação do nome da apelada.

Pugna pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento para o fim de reduzir o *quantum* a patamares razoáveis.

Contrarrazões às fls. 123/127, requestando pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S/A em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, que, na ação de indenização por danos morais que lhe move Fernanda Silva Lamblem Beretta, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando-o ao pagamento do valor de R$ 15.000,00 a título de danos morais, corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% ao mês, a partir da prolação da sentença, bem como ao ressarcimento dos honorários contratuais, no valor de R$ 4.000,00, acrescidos de correção monetária pelo INPC e juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Informa a consumidora recorrida ser correntista da instituição bancária recorrente, sendo surpreendida com o envio do cartão de crédito American Express, o qual não solicitou, razão pela qual requer sejam-lhe compensados os danos morais e materiais, estes relativos ao decréscimo do patrimônio sofrido em razão da contratação de advogados, concernente ao valor de R$ 4.000,00.

Da existência de dano moral.

O caso em tela, à toda evidência, retrata uma relação de consumo, nos exatos termos do art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*
>
> *(...) § 2º serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

Tal qual bem destacado na sentença hostilizada, o simples envio de cartão de crédito sem a solicitação por parte do consumidor denota a abusividade da conduta da apelante, prática esta contrária à boa-fé objetiva, a ser duramente combatida, que efetivamente enseja o pagamento de danos morais.

Dispõe o art. 39, inciso III, do CDC, *in verbis*:

> *"É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:* (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)
>
> *[...] III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço"*

Alie-se a isso que o assunto já foi devidamente sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, com a Súmula 532: "*Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa*".

Evidente, outrossim, que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça comporta acatamento nesta Corte Estadual, na medida em que não cabe ao Judiciário conceber expectativas aos jurisdicionados que se sabe virão a vergar-se nas superiores instâncias.

Importa destacar que a ausência de inscrição do nome da consumidora no cadastro de inadimplentes não exime a casa bancária do pagamento dos danos morais, posto que, como visto, o simples envio do cartão de crédito sem a solicitação pelo correntista é apto a configurar ato ilícito indenizável, independentemente da demonstração de prejuízo, tratando-se de dano *in re ipsa*.

Ademais não há como ignorar que fatos tais acarretam mais que meros aborrecimentos ao consumidor, notadamente os incomodos decorrentes das providencias inerentes ao cancelamento do cartão não solicitado, que efetivamente geram distúrbios e intranquilidade ao consumidor lesado.

Vejamos a jurisprudência do Tribunal da Cidadania a respeito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. 1. O envio de cartão de crédito sem solicitação prévia configura prática comercial abusiva, dando ensejo à responsabilização civil por dano moral. Precedentes. 2. A ausência de inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes não afasta a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, porque o dano, nessa hipótese, é presumido. 3. Restabelecido o quantum indenizatório fixado na sentença, por mostrar-se adequado e conforme os parâmetros estabelecidos pelo STJ para casos semelhantes. 4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no Agravo em Recurso Especial 275.047 - RJ (2012/0270116-8) Rel. Min. Marco Buzzi. 22.4.2014)
>
> *"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO E DE FATURAS COBRANDO ANUIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos. II - O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. Recurso Especial não conhecido."* (REsp 1061500/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3º Turma, julgado em 04/11/2008, DJe 20/11/2008)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO - DANO MORAL CONFIGURADO - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."* (AgRg no AREsp 105445/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 22/06/2012)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. COBRANÇAS DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO. REVISÃO DO VALOR. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 33418/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, 27/03/2012)

Assim, não há como afastar a procedência da pretensão indenizatória.

Do *quantum* indenizatório.

Pede a apelante, de forma alternativa, a redução do *quantum* indenizatório, este fixado em R$ 15.000,00.

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

> *"a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;*
>
> *b) a intensidade de seu sofrimento;*
>
> *c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;*
>
> *e) a gravidade e a repercussão da ofensa;*
>
> *f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva."*

Sabido que o valor da indenização possui caráter educativo-pedagógico, devendo servir como fator que desestimule a reincidência de tais erros pela apelante, especialmente a preocupante a falta de cuidado com a prestação de serviços desse jaez, que culminam com falhas que geram inúmeros transtornos aos consumidores. Por tais razões, a indenização arbitrada deve se prestar a inibir e impedir que a mesma reincida, sensibilizando-se ser muito mais vantajoso desferir cuidado e atenção no exercício de suas relações comerciais, que pagar indenizações pelo mau gerenciamento de seus serviços.

D'outro vértice, o valor indenizatório deve compensar o abalo moral sofrido sem, contudo, caracterizar um lucro indevido à vítima, o que ensejaria enriquecimento injustificado, devendo a verba apenas trazer àquela algum alento ao seu sofrimento.

Destarte, sopesando os critérios acima mencionados, aliando-se, a isso, os valores reiteradamente adotados por este Julgador em casos tais, bem como em casos análogos por este Tribunal, notadamente ante a inexistência de inscrição do nome da apelada no cadastro de proteção ao crédito, razão assiste à instituição bancária, devendo ser a indenização minorada para o importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Destaco que no presente caso, consoante salientado alhures, não houve a inscrição do nome da apelada no cadastro de maus pagadores, situação esta que contribuiria para a fixação a maior do *quantum* indenizatório.

Acerca da possibilidade de redução do *quantum* indenizatório, este Tribunal tem decidido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – PRELIMINAR DE DESERÇÃO – AFASTADA – COBRANÇAS IRREGULARES – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. 1 – Não pode ser considerado insuficiente o preparo recolhido com base em unidade fiscal de referência (Uferms), vigente à época da interposição do recurso, se reajustado o valor posteriormente de modo a refletir na majoração do valor do preparo recursal.2 - Na esteira do entendimento desta Corte, a inclusão indevida em órgãos de proteção ao crédito configura dano moral puro, ainda mais quando decorre de dívida proveniente de cobranças irregulares não condizentes com o serviço de telefonia contratado, constrangimento que justifica a redução do dano moral para R$ 10.000,00 (dez mil reais). 3 – Recurso conhecido e provido."* (Apelação nº 0002364-53.2010.8.12.0011 – Coxim. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª Câmara Cível.3.2.2015)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR AVENTADA EM CONTRARRAZÕES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA. MÉRITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA EMPRESA RECORRIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. PRECEDENTES DA TURMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se o recurso, qualquer que seja rebate a decisão recorrida trazendo os elementos imprescindíveis a que o Tribunal possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida, deve ser conhecido. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado com moderação para que seu valor não seja tão elevado a ponto de ensejar enriquecimento sem causa para a vítima, nem tão reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o seu causador. No caso em análise o montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) arbitrado na sentença não se mostra compatível com o valor fixado por este tribunal em casos semelhantes, sendo consentâneo com a repercussão dos fatos narrados nestes autos e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade o quantum de R$ 10.000, 00 (dez mil reais)."* (TJMS; Apel. 2011.008839-0/0000-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJEMS 19/04/2011)*."*

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – PROTESTO INDEVIDO – ACORDO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM FIXADO DESPROPORCIONAL – REDUÇÃO – RECURSO CONHECIDO – PARCIALMENTE PROVIDO. O protesto indevido de título de crédito enseja reparação por dano moral, sendo prescindível a prova do prejuízo, sobretudo se não houver outros apontamentos negativos do nome da vítima. Para arbitrar o valor da indenização deve-se atentar ao trinômio reparação-punição proporcionalidade, levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, o que determina a redução da condenação... Desta feita, atendendo aos critérios acima mencionados e aos valores reiteradamente adotados por este Julgador em casos semelhantes, bem como pelos membros da 1 º Câmara Cível, a indenização deve ser minorada para R$ 10.000,00 (dez mil reais)"* (Apelação - Nº 0802287-48.2014.8.12.0018 – Paranaíba. Rel. Des. Marcelo Câmara Rasslan. 1ª C. Cível. 10.2.2015)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MÉRITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA EMPRESA RECORRIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR DE NOSSO PAÍS RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado com moderação para que seu valor não seja tão elevado a ponto de ensejar enriquecimento sem causa para a vítima, nem tão reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o seu causador. In casu, o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) arbitrado na sentença não se mostra compatível com o valor fixado por este tribunal em casos semelhantes, nem mesmo ao que vem sendo adotado pela Corte Superior de Justiça de nosso país. Valor indenizatório de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade o quantum de R$ 10.000, 00 (dez mil reais). Recurso parcialmente provido."* (TJMS; AC-Or 2011.021751-3/0000-00; Naviraí; Primeira Câmara cível; Rel. Des. João Maria Lós; DJEMS 01/02/2012)

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL –AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INDENIZAÇÃO MAJORADA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Indenização majorada para o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), como forma de reparação dos danos morais causados, sobretudo pelo constrangimento, humilhação e prejuízos advindos do abalo ao direito de crédito do autor ocasionados pela conduta da recorrida, em observância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente por se tratar de instituição financeira de porte nacional e que, não raro, comete a mesma irregularidade. Além disso, o valor não refoge ao limite normalmente adotado por este Tribunal. Ausente fato ou fundamento jurídico novo a ensejar a mudança do entendimento já exarado, impõe-se a manutenção da decisão por seus próprios fundamentos."* (Agravo Regimental nº 0800969-54.2014.8.12.0010/50000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. 11/11/14).

Portanto, reduzo os danos morais para o importe de R$10.000,00 (dez mil reais).

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para fixar a indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo, no mais, inalterada a sentença enfocada.

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. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 05 de abril de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0049977-31.2012.8.12.0001/50001
Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – PENAL – FORMAÇÃO DE QUADRILHA, LATROCÍNIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, CORRUPÇÃO DE MENORES, POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE DROGAS – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, DO CÓDIGO PENAL – PROFUNDAS E DIVERSIFICADAS CARACTERIZAÇÕES – MAJORAÇÃO CABÍVEL – NATUREZA DA ILÍCITA SUBSTÂNCIA – NEGATIVAÇÃO NECESSÁRIA – NÃO PROVIMENTO.

Demonstrando-se que o acusado apresenta extrema agressividade, hostilidade, insensibilidade, perversidade, maldade, frieza e o prazer com o sofrimento do próximo, é impossível não concluir pela desvalorização da circunstância judicial atinente à personalidade.

A ausência de cordas para amarrar as vítimas e o desejo de adquirir substâncias entorpecentes com o dinheiro advindo da venda do veículo no exterior são motivos completamente vis e abjetos para ensejarem a execução das vítimas, merecendo maior reprovação.

O terror social proporcionado pela maneira de agir, bem como a necessidade de tratamento psicológico de amigos e familiares das vítimas são suficientes para agravar o elemento judicial atinente às consequências do delito.

Ainda que a quantidade de entorpecentes apreendida não seja elevada, sua natureza (cocaína) é apta a agravar a circunstância judicial do art. 42, da Lei n.º 11.343/06.

Embargos infringentes e de nulidade a que se nega provimento, ante a perfeita correspondência do acórdão com as provas colhidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e a Desª Maria Isabel de Matos Rocha. Ausente, por férias, o Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos por Rafael da Costa da Silva e Weverson Gonçalves Feitosa contra o acórdão (f. 1.567/1.629), que deu parcial provimento às respectivas apelações defensivas.

Sustentam pela prevalência do voto minoritário, que dava provimento em maior extensão, afastando a valoração negativa de mais circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, consequentemente, reduzindo a pena dos acusados em *quantum* maior (f. 1.645/1.656 e 1.657/1.665).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pelo não provimento (f. 1.672/1.683).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos por Rafael da Costa da Silva e Weverson Gonçalves Feitosa contra o acórdão (f. 1.567/1.629), que deu parcial provimento às respectivas apelações defensivas.

No final do mês de junho de 2012, em horário indeterminado, Rafael da Costa da Silva, Weverson Gonçalves Feitosa, Dayani Aguirre Carlindo, Raul de Andrade Pinto e Edson Natalício de Oliveira, juntamente com o adolescente A. S. P. J., associaram-se para cometer crimes, formando uma quadrilha armada especializada no roubo de veículos de luxo, com a finalidade de serem levados para a Bolívia em troca de narcóticos.

Aos 30 de agosto de 2012, por volta das 20h30min, com o veículo "Fiat/Uno", Rafael, líder da quadrilha, Weverson, Dayani e o adolescente A. seguiram até as proximidades da Universidade Anhanguera Uniderp, em Campo Grande, previamente ajustados, com o firme e deliberado propósito de roubarem um veículo tipo camionete.

Rafael, que portava um revólver calibre 38, devidamente municiado, e Weverson renderam as vítimas Breno Luigui Silvestrini de Araújo, 18 (dezoito) anos, e Leonardo Batista Fernandes, 19 (dezenove) anos, que se dirigiam ao veículo "Pajero Sport HPE/MMC", colocando-os dentro do mencionado veículo e seguindo rumo à rotatória do Distrito Indubrasil, saída para Terenos.

Em sequência, sob a ameaça de arma de fogo, Rafael e Weverson retiraram as vítimas do interior do automóvel e os conduziram até uma manilha, momento em que passaram a agredir os jovens de todas as maneiras possíveis, bem como, num ato de total brutalidade e covardia, Rafael, com a anuência do comparsa, efetuou 01 (um) disparo de arma de fogo em cada uma das vítimas – já ajoelhadas – na região da cabeça, provocando, assim, os óbitos destas.

Antes de empreenderem fuga, porém, os acusados ocultaram os corpos de Breno e Leonardo em uma manilha de água, local ermo, com o que só foi possível o descobrimento após a indicação por parte da coacusada Dayani.

Apurou-se, ainda, que aos 31 de agosto de 2012, por volta das 23 h, na residência localizada na localizada na Rua Generoso Leite, o acusado Raul foi flagrado por investigadores de polícia, mantendo sob sua guarda, no interior de um guarda-roupas, 17 (dezessete) munições calibre 38, intactas, bem como 02 (duas) porções de cocaína, pesando cerca de 9,5 g (nove gramas e cinco decigramas), de modo que tanto a droga como a munição foram-lhe entregues por Rafael, sendo que as munições foram obtidas com Weverson.

Regularmente processados, Rafael foi condenado a 42 (quarenta e dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, 01 (um) ano de detenção, em regime semiaberto, e 880 (oitocentos e oitenta) dias-multa, pelas práticas delituosas do art. 288 (formação de quadrilha), em concurso material com os art. 157, § 3º (latrocínio), 211 (ocultação de cadáver), todos do Código Penal, bem como art. 244-B (corrupção de menores), do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06, e art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), da Lei n.º 10.826/03. Por sua vez, Weverson foi condenado a 36 (trinta e seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 01 (um) ano de detenção, em regime semiaberto, e 330 (trezentos e trinta) dias-multa, pelas mesmas práticas delituosas de Rafael, com exceção do art. 33, da Lei de Drogas.

Insatisfeitos, os acusados Rafael e Weverson interpuseram apelação, tendo a 3ª Câmara Criminal dado parcial provimento, apenas para reduzir as penas-bases, bem como reconhecer a atenuante de confissão espontânea para ambos os acusados, resultando nas penas de 41 (quarenta e um) anos e 08 (oito) meses de reclusão; 01 (um) ano de detenção e 838 (oitocentos e trinta e oito) para o primeiro. Para o segundo, 36 (trinta e seis) anos de reclusão, 01 (um) ano de detenção e pagamento de 308 (trezentos e oito) dias-multa.

Rafael e Weverson buscam pela prevalência do voto vencido do e. relator, que deu parcial provimento, em maior extensão, afastando número superior de circunstâncias judicias do art. 59, do Código Penal.

Inicialmente serão analisadas as divergências ocorridas quanto a análise do recurso de Weverson.

Não obstante o entendimento do voto vencido em afirmar que o elemento judicial atinente à personalidade do coacusado Weverson não possa ser valorado negativamente, alegando a inidoneidade na fundamentação, bem como a inexistência de qualquer documento que ateste sua anormalidade, é facilmente verificável que a personalidade do acusado "*mostra-se extremamente avessa aos preceitos que norteiam a convivência social*", como bem ponderou a magistrada *a quo*.

Afinal, o modo como o agente e seus comparsas efetuaram o delito extrapola – em muito – o tipo, demonstrando que o acusado possui personalidade completamente desvirtuada e voltada à prática de delitos, sentindo, inclusive, prazer em ver o sofrimento físico e mental de suas vítimas.

Tanto é verdade que, Weverson, Dayani e Rafael foram denunciados pela prática de outro latrocínio na comarca de Anastácio, em agosto de 2012, sendo prolatada sentença condenatória em instância singela, conforme consta no processo de autos n.º 0500018-41.2013.8.12.0052. Sendo assim, ainda que esta condenação não possa influir nos antecedentes criminais ou na reincidência, por força da súmula n.º 444, do Superior Tribunal de Justiça, é perfeitamente hábil a auxiliar na constatação da personalidade do agente, *in casu*, desabonando-a.

A respeito do tema, o e. revisor discorreu com perfeição, extraindo-se (f. 1.617):

> *"Esses dois recorrentes, tal qual o corréu Rafael, são pessoas que, em oportunidades em que se envolveram um crime de roubo, não se contentaram apenas com o lucro, que é próprio do delito; optaram por executar 03 (três) pessoas já indefesas, e não somente com o dolo próprio do delito de latrocínio,* ***mas com requintes de elevada violência e absoluta crueldade, demonstrando total insensibilidade, elevado grau de perversidade e por pura maldade, extrapolando totalmente o dolo natural do tipo.*** *No caso destes autos, conforme foi apurado, já saíram de casa com o firme propósito de executar as vítimas, independentemente de quem fossem ou de qualquer outra circunstância.*
>
> *Portanto, extrema a agressividade, a hostilidade, a insensibilidade, a perversidade, a maldade, a frieza e a sanha assassina, fatores que, sem a menor dúvida, demonstram personalidade desajustada, violenta e extremamente perigosa, completamente passível de ser valorada negativamente.*

(...)

Importante anotar, neste ponto, que o recorrente ***Rafael*** *também restou condenado no delito de latrocínio praticado em Anastácio (acima mencionado). Todavia, o e. Relator concordou com os fundamentos esposados em 1º Grau na valoração negativa de sua personalidade, razão pela qual, não há nenhuma alteração a ser realizada nesse tocante, ficando apenas acrescidos os fundamentos acima também rem relação à personalidade dele."* (Destaques originais)

Sendo assim, deve incidir negativamente para todos os crimes em que Weverson fora condenado a circunstância judicial do art. 59, do Código Penal, referente à personalidade do agente.

Quanto ao crime de latrocínio, nenhuma divergência existe quanto a desvalorização das circunstâncias judiciais atinentes à culpabilidade e circunstâncias do crime. Entretanto, acertadamente, o e. revisor considerou como desabonadora também as consequências do crime, tal qual a decisão de 1º (primeiro) grau.

Não bastasse a dor indescritível e indefinível dos genitores das vítimas, o delito em questão causou extrema comoção social, tanto em função da pouca idade das vítimas quanto pelo modo cruel e massacrante adotado pelos acusados, causando temor e angústia na população sul-mato-grossense todas as vezes que os jovens deixavam/deixam a segurança de seu lar em direção às ruas.

O medo e horror gerados pelo crime proporcionou diversas passeatas pela cidade de Campo Grande, nas quais se manifestava o desejo por Justiça.

Não bastasse, os genitores de Breno e Leonardo foram contundentes em afirmar que diversos amigos das vítimas precisaram de tratamento psicológico para que o pudessem superar o fatídico, vez que indubitável o trauma de se perder 02 (dois) entes tão queridos e próximos, mormente do modo como se procedeu.

Salienta-se, ainda, a estigmatização negativa que trouxe ao estabelecimento "Bar 21", local onde as vítimas foram abordadas pelos criminosos.

Sendo assim, inúmeras foram as consequências danosas do delito, devendo incidir de forma a exasperar a reprimenda do acusado.

Os motivos do crime de latrocínio também são graves e merecem apreciação desfavorável.

Conforme ficou demonstrado, os acusados almejavam o roubo de carros de luxo para que pudessem trocar por vultosas quantidades de entorpecentes. Para este fim, previamente estabeleceram que como não possuíam cordas para amarrar as vítimas, a solução seria executá-las.

Nesse sentido, habilmente asseverou o e. revisor: "*a motivação apontada – a ausência de corda para amarrar as vítimas – é totalmente vil, de elevada abjeção, devendo, sim, influir no aumento da reprimenda*" (f. 1.619).

Apesar da circunstâncias judicial negativa de personalidade para todos os delitos, o reconhecimento da confissão espontânea, acarretou a pena mínima nos crimes de corrupção de menores e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, permanecendo no mesmo patamar que a sentença de 1º (primeiro) grau e o voto vencido.

Feitas tais ponderações, restam inalteradas as penas de Weverson.

Pelas mesmas razões expostas, quanto ao delito do art. 157, § 3º, do Código Penal, devem as consequências e os motivos do crime de Rafael serem sopesados negativamente.

Quanto a Rafael, também fora objeto de celeuma as circunstâncias do crime de tráfico de drogas, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Neste ponto, novamente deve prevalecer a fundamentação do e. revisor, mantendo a valoração negativa atinente à natureza da droga.

O art. 42, da Lei n.º 11.343/06, determina que na dosagem da pena-base também levará em consideração a quantidade e a natureza da droga. Apesar da baixa quantidade de entorpecentes apreendidos, cerca de 9,5 g (nove gramas e cinco decigramas), trata-se de cocaína, substância com elevado potencial de vício, bem como grande poder de destruição do usuário, sendo mais prejudicial que outros narcóticos como a maconha.

Nesse sentido colhe-se na jurisprudência:

> *"Apreensão de certa quanta de cocaína na residência do acusado. (...) Quantum aplicado com acerto pelo juiz a quo ante a natureza da droga apreendida."* [1]

> *"A natureza (cocaína) e a quantidade de droga apreendida (3.578g), com fundamento no art. 42 da Lei nº 11.343/06, autorizam a majoração da pena em 1/6 (um sexto), nos termos da sentença recorrida, razão pela qual resta a pena-base fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa."* [2]

Assim sendo, também as penas de Rafael devem persistir conforme definido pela 3ª Câmara Criminal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Rafael da Costa da Silva e Weverson Gonçalves Feitosa.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (4º Vogal)

Em que pese memorável o posicionamento do e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, vou divergir para dar provimento aos embargos infringentes opostos por Rafael da Costa da Silva e Weverson Gonçalves Feitosa, a fim de fazer prevalecer nos apelos subjacentes o voto minoritário do e. Des. Francisco Gerardo de Sousa, que bem exprime meu posicionamento sobre as matérias abordadas acerca da dosimetria penal.

Conforme reiteradamente tenho defendido nesta Corte de Justiça[3], o agente deve responder pelo que fez (Direito penal do fato) e não pelo que é (malfadado Direito penal do autor), mostrando-se inviável o robustecer da pena com fulcro na moduladora da personalidade, ainda mais quando inexiste nos autos exame de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica para amparar o "diagnóstico" feito na sentença, no sentido de que a personalidade dos acusados *"mostra-se extremamente avessa aos preceitos que norteiam a convivência social"*.

1 TJSC, Ap 2015.023394-2, 1ª Câm. Crim., rel. Des. José Everaldo Silva, j. 02/06/2015, DJ 12/06/2015.

2 TRF 3ª Região, EIfNu 0010265-66.2010.4.03.6119, 1ª Seção, rel. Des. Fed. Luiz de Lima Stefanini, j 07/05/2015, DJ 18/05/2015.

3 TJMS, ACrim 014305-25.2013.8.12.0001, minha Relatoria, j. 01.09.2014.

Destaco, por oportuno, que reprochar a referida moduladora com base em condenação criminal não estabilizada, a meu ver, consubstancia burla ao enunciado sumular n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe ser *"vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base",* seja a título de maus antecedentes ou qualquer outra circunstância judicial.

Relativamente às consequências do crime, tal como vertido no voto vencido, considero que, embora graves, não extrapolaram a normalidade do crime de latrocínio, o qual possui pena com limites abstratos altíssimos justamente por ter o legislador sopesado essa reprovabilidade que se imbrica com o resultado morte, o que, obviamente, impede nova valoração desse fato na fixação da pena-base, diante do *bis in idem* que o proceder representaria.

Ao seu turno, se o sentenciante reprovou os motivos do crime em decorrência do *"egoísmo exacerbado, sob a premissa de que as vítimas não teriam direito à vida, se não tivesse o réu a vida financeira desejada"*, ou seja, com base em elementos intrínsecos ao tipo penal, entendo que não é cabível a esta Corte de revisão, em recurso exclusivo da defesa, manter a reprovação com base em elementos ignorados na origem, já que, assim, incorrer-se-ia em indevida *reformatio in pejus*.

Finalmente, quanto à quantidade e natureza da droga, ainda que se considere a cocaína de alta potencialidade lesiva, não se pode perder de vista que a respectiva apreensão se deu em pequena quantidade (9,5g – nove gramas e meio), de modo que perfilho igual entendimento do ilustre Des. Francisco Gerardo de Sousa nesse ponto.

Diante do exposto, divirjo do e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, e, contra o parecer, dou provimento aos embargos infringentes opostos por Rafael da Costa da Silva e Weverson Gonçalves Feitosa, a fim de fazer prevalecer nos apelos subjacentes o voto minoritário do e. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Srª Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (3º Vogal)

Analisando o recurso do embargante Rafael:

Ele foi condenado na instância singela pelos delitos de: latrocínio; quadrilha; ocultação de cadáver; corrupção de menores, posse de munição e tráfico de drogas.

Em sede de apelação, o voto condutor do Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, manteve as circunstâncias da consequência do delito dos crimes de ocultação de cadáver e tráfico de drogas, e manteve as demais circunstâncias em relação aos demais delitos, foi o voto que prevaleceu.

O Relator dos embargos, Des. Carlos Eduardo Contar, nega integral provimento ao recurso, mantendo inalterado o voto condutor da apelação.

A divergência é parcial apenas quanto ao crime de tráfico de drogas, conforme explico em seguida.

Em relação ao crime latrocínio, entendo válida a mantença no voto do relator das circunstâncias relativas à personalidade do agente, consequências e motivos do crime, tal como foi exposto pelo relator destes infringentes.

Quanto à personalidade, deve ser mantida porque o exame psicológico constante na f. 1030 atesta que o apelante possui autocontrole de agressividade abaixo da média, o que bem demonstra sua personalidade incomum ao socialmente esperado.

Registro que tal fato (pouco controle da agressividade) possui relação direta com o crime de latrocínio perpetrado, e por isso deve tal circunstância permanecer como negativa a agravar a pena-base do latrocínio.

Ademais, saliento que essa moduladora também se justifica pelo que foi assinalado no voto condutor da apelação, em que o Desembargador Bonassini explica que este apelante, junto com Weverson e Dayani, foram condenados por outro crime de latrocínio cometido no começo de agosto de 2012.

Com efeito, Rafael e Weverson foram denunciados pela prática de outro latrocínio, ocorrido em Anastácio, em 1º de agosto de 2012 (Autos nº 0500018-41.2013), pelo qual inclusive foi já condenado, veja-se como o Des. Bonassini relatou e justificou para agravar a pena de Weverson:

> *"(...) A personalidade do agente refere-se à individualidade pessoal de cada um, o caráter, a forma de pensar e agir, que demonstram a índole e o temperamento, sendo que o STJ, ao analisar o HC 50331, do Estado da Paraíba, esclareceu alguns pontos a serem sopesados. Confira-se:*
>
> *(...) A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. (...)*
>
> *Neste caso, há elementos suficientemente fortes a demonstrar a necessidade de valorar-se negativamente a circunstância judicial da personalidade de Weverson Gonçalves Feitosa e Dayani Aguirre Clarindo.*
>
> *Conforme consta a f. 1153-60, Weverson e Dayani, juntamente com o corréu Rafael, foram denunciados pela prática de outro latrocínio, ocorrido em Anastácio, em 2012 (Autos nº 0500018-41.2013). Portanto, trata-se de elemento concreto, existente nos autos. Em consulta àquele processo, constatei que já foi proferida sentença condenatória, nos termos da denúncia. Como essa decisão não transitou em julgado, não pode ser considerada para fins de valorar-se negativamente os antecedentes, a teor da Súmula 241 do STJ. Também não caracteriza reincidência. Entretanto, essa condenação pode ser considerada para fins de valoração negativa da personalidade, conforme se vê pelas seguintes decisões do STJ:*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO - PENA-BASE - ACRÉSCIMO JUSTIFICADO - CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES - TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA - RECONHECIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Hipótese em que está justificado o acréscimo da pena-base, pois existem condenações por fatos anteriores ao delito em apreço, com trânsito em julgado posterior que podem ser consideradas circunstâncias judiciais negativas. 2. Agravo regimental não provido* (STJ - AgRg no HC 246334 RS 2012/0126776-9 - Relator: Ministro Moura Ribeiro - 5ª Turma - Data de publicação: 11/11/2013).
>
> *HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PARA A VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CULPABILIDADE ACENTUADA. NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO À NÃO AUTO- INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE DEMONSTRADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.*
>
> *1. Impossível afastar a conclusão de existência de maus antecedentes e de personalidade voltada à prática delitiva, quando apontadas diversas outras anotações*

por crimes contra o patrimônio, indicativas de que o envolvimento do paciente com o ilícito não é esporádico, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para afastar as afirmações feitas pelas instâncias ordinárias" (STJ - HC 178.141/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011).

Esses dois recorrentes, tal qual o corréu Rafael, são pessoas que, em duas oportunidades em que se envolveram em crime de roubo, não se contentaram apenas com o lucro, que é próprio do delito; optaram por executar 03 (três) pessoas já indefesas, e não somente com o dolo próprio do delito de latrocínio, mas com requintes de elevada violência e absoluta crueldade, demonstrando total insensibilidade, elevado grau de perversidade e por pura maldade, extrapolando totalmente o dolo natural do tipo. No caso destes autos, conforme foi apurado, já saíram de casa com o firme propósito de executar as vítimas, independentemente de quem fossem ou de qualquer outra circunstância.

Portanto, extrema a agressividade, a hostilidade, a insensibilidade, a perversidade, a maldade, a frieza e a sanha assassina, fatores que, sem a menor dúvida, demonstram personalidade desajustada, violenta e extremamente perigosa, completamente passível de ser valorada negativamente (...)".

Saliento que o fato de se praticar dois crimes de tamanha gravidade no mesmo mês, um no começo e outro no fim de agosto de 2012, com várias vítimas em cada um dos crimes, é algo que de fato demonstra agressividade extrema, frieza e insensibilidade, pois em pouco tempo o agente, ainda mal saído de uma conduta dessa gravidade, logo lhe é atribuída e como tal é condenado por praticar crime idêntico, de forma premeditada (aspetos analisados em outro ponto), demonstrando completa indiferença pela vida alheia, e confirmando a tal falta de controle de agressividade.

Tais justificações, que já constam do debate das instâncias precedentes, aliadas aos argumentos que o relator já expôs, justificam a exasperação da pena-base pela personalidade.

Quanto ao crime de tráfico de drogas, também deve ser decotada da pena-base a quantidade e natureza do entorpecente, haja vista que 9,5 gramas de cocaína, malgrado a natureza nociva da droga, não é quantidade elevada a ponto de justificar a elevação da pena inicial.

Em relação ao embargante Weverson, este recorrente foi condenado pelos crimes de: latrocínio; quadrilha; ocultação de cadáver; corrupção de menores e posse de munição.

Do crime de latrocínio:

No que tange ao crime de latrocínio, tenho que a circunstância relativa à personalidade do recorrente deve ser mantida, pois como bem ponderado pelo voto condutor da apelação da lavra do Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, o apelante Weverson está envolvido em outro crime de latrocínio e, inclusive, já foi sentenciado e condenado por ele, nesses termos:

"(...) A personalidade do agente refere-se à individualidade pessoal de cada um, o caráter, a forma de pensar e agir, que demonstram a índole e o temperamento, sendo que o STJ, ao analisar o HC 50331, do Estado da Paraíba, esclareceu alguns pontos a serem sopesados. Confira-se:

(...) A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. (...)

Neste caso, há elementos suficientemente fortes a demonstrar a necessidade de valorar-se negativamente a circunstância judicial da personalidade de Weverson Gonçalves Feitosa e Dayani Aguirre Clarindo.

Conforme consta a f. 1153-60, Weverson e Dayani, juntamente com o corréu Rafael, foram denunciados pela prática de outro latrocínio, ocorrido em Anastácio, em 2012 (Autos nº 0500018-41.2013). Portanto, trata-se de elemento concreto, existente nos autos. Em consulta àquele processo, constatei que já foi proferida sentença condenatória, nos termos da denúncia. Como essa decisão não transitou em julgado, não pode ser considerada para fins de valorar-se negativamente os antecedentes, a teor da Súmula 241 do STJ. Também não caracteriza reincidência. Entretanto, essa condenação pode ser considerada para fins de valoração negativa da personalidade, conforme se vê pelas seguintes decisões do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO - PENA-BASE - ACRÉSCIMO JUSTIFICADO - CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES - TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA - RECONHECIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que está justificado o acréscimo da pena-base, pois existem condenações por fatos anteriores ao delito em apreço, com trânsito em julgado posterior que podem ser consideradas circunstâncias judiciais negativas. 2. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no HC 246334 RS 2012/0126776-9 - Relator: Ministro Moura Ribeiro - 5ª Turma - Data de publicação: 11/11/2013).

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PARA A VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CULPABILIDADE ACENTUADA. NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE DEMONSTRADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Impossível afastar a conclusão de existência de maus antecedentes e de personalidade voltada à prática delitiva, quando apontadas diversas outras anotações por crimes contra o patrimônio, indicativas de que o envolvimento do paciente com o ilícito não é esporádico, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para afastar as afirmações feitas pelas instâncias ordinárias (STJ - HC 178.141/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011).

Esses dois recorrentes, tal qual o corréu Rafael, são pessoas que, em duas oportunidades em que se envolveram em crime de roubo, não se contentaram apenas com o lucro, que é próprio do delito; optaram por executar 03 (três) pessoas já indefesas, e não somente com o dolo próprio do delito de latrocínio, mas com requintes de elevada violência e absoluta crueldade, demonstrando total insensibilidade, elevado grau de perversidade e por pura maldade, extrapolando totalmente o dolo natural do tipo. No caso destes autos, conforme foi apurado, já saíram de casa com o firme propósito de executar as vítimas, independentemente de quem fossem ou de qualquer outra circunstância.

Portanto, extrema a agressividade, a hostilidade, a insensibilidade, a perversidade, a maldade, a frieza e a sanha assassina, fatores que, sem a menor dúvida, demonstram personalidade desajustada, violenta e extremamente perigosa, completamente passível de ser valorada negativamente (...)".

Valem para este apelante as mesmas fundamentações expostas acima, para corroborar e endossar os fundamentos do voto do Desembargador Bonassini, bem como os do relator destes embargos.

Dessa forma, deve ser mantida negativa a personalidade de Weverson em relação ao crime de latrocínio.

Entretanto, em relação aos demais crimes, tal circunstância (personalidade) não foi justificada de maneira hábil a elevar a pena-base, nem guarda relevância para todos os demais delitos (quadrilha; ocultação de cadáver; corrupção de menores e posse de munição), tanto mais que a moduladora da personalidade teve justificação vaga e inábil para tal desiderato *"(...) Personalidade mostra-se extremamente avessa aos preceitos que norteiam a convivência social (...)"*

A agressividade da personalidade do apelante Weverson, que se mostra relevante para ponderar a pena-base do latrocínio, a meu ver não pode fundamentar exasperação das demais penas-base dos demais crimes pelos quais ele foi condenado. Entretanto, tal fundamentação (pouco controle da agressividade) foi utilizada também para agravar os demais crimes pela negatividade da circunstância da personalidade, e nesse ponto divirjo do relator quanto aos demais crimes (excluído o latrocínio), para afastar a personalidade como elemento negativo que possa agravar suas penas-base.

Com efeito, entendo que não há relação da agressividade do agente com o objeto e natureza dos demais crimes (quadrilha; ocultação de cadáver; corrupção de menores, posse de munição e tráfico de drogas).

Para essas outras condutas, irrelevante se fazia a personalidade agressiva, fria ou insensível, pois não se trata de crimes cometidos com violência ou agressividade, onde tais ponderações a meu ver não têm vínculo pertinente que permita agravamento da pena-base.

Portanto, tal circunstância também deve ser decotada dos crimes acima mencionados (à exceção do latrocínio).

Saliento que neste voto divirjo do relator em parte, como acima exposto, com relação apenas à dosimetria da pena-base de alguns crimes, mas nos demais pontos acompanho o relator.

Também não sigo por completo o voto vencido do Desembargador Gerardo, pois dou apenas parcial provimento aos embargos.

Para melhor esclarecimento, apresento abaixo as alterações resultantes deste voto divergente em parte.

Penas comparadas	**Penas-base**	**Penas-base**
Crimes do Rafael	Voto do Relator	Voto da Des.ª Maria Isabel
Latrocínio	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida
Quadrilha	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida
Ocultação de cadáver	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida
Corrupção de menores	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida
Posse de munição	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida
Tráfico de drogas.	Manteve pena do acórdão embargado	5 anos de reclusão e 500 dias multa

Penas comparadas	Penas-base	Penas-base
Crimes do Weverson	Voto do Relator	Voto da Des.ª Maria Isabel
Latrocínio	Manteve pena do acórdão embargado	Pena Mantida (acompanho Relator)
Quadrilha	Manteve pena do acórdão embargado	1 ano e 4 meses de reclusão e 20 dias multa + o dobro = 2 anos e 8 meses e 40 dias multa
Ocultação de cadáver	Manteve pena do acórdão embargado	1 ano e 4 meses de reclusão e 15 dias-multa
Corrupção de menores	Manteve pena do acórdão embargado	1 ano e 4 meses de reclusão e 16 dias multa
Posse de munição	Manteve pena do acórdão embargado	1 ano de detenção e dez dias multa

Ante o exposto:

Em relação a Rafael:

Divirjo do relator para alterar a pena quanto ao tráfico de drogas como acima exposto, dando provimento aos embargos neste ponto.

Em relação a Weverson:

Acompanho o ilustre relator dos embargos para se manter a pena do crime de latrocínio.

Entretanto, divirjo em relação aos demais delitos para que, neste ponto, prevaleça o voto vencido do Des. Francisco Gerardo de Sousa que afastou da pena-base de Weverson a circunstância negativa da personalidade.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e a Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha. Ausente, por férias, o Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006424-34.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – COACUSADOS ABSOLVIDOS – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA LIGAÇÃO COM A TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO INVIÁVEL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO – ABSOLVIÇÃO CABÍVEL – EXCLUSÃO CONDUTA EVENTUAL – REQUISITOS PREENCHIDOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DEFENSIVO – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – DIMINUIÇÃO NECESSÁRIA – AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL – ORGANIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS DEMONSTRADA – INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DAS DIVISAS ENTRE ESTADOS – *QUANTUM* ESTABELECIDO CONFORME *ITER CRIMINIS* – EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS A COACUSADO NÃO RECORRENTE – MODIFICAÇÕES DE CARÁTER OBJETIVO – NÃO PROVIMENTO, PARCIAL PROVIMENTO.

Uma vez não demonstrada a ligação de coacusados à traficância praticada por outrem deve ser mantida a absolvição, com base no princípio *in dubio pro reo*.

Inexistindo prova do vínculo associativo entre os envolvidos, inviável a condenação pelo art. 35, da Lei de Drogas, porquanto o mero concurso de agentes não é punível.

A concessão da diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, é possível quando comprovado que um dos acusados preenche os requisitos legais.

Mostrando-se inidônea parte dos elementos justificadores da exasperação da pena-base deve-se proceder a redução proporcional.

Incide a agravante do art. 62, I do Código Penal, quando caracterizada a promoção e organização do acusado à cooperação do tráfico de drogas.

Ainda que o agente não tenha ultrapassado as divisas entre os Estados, se o transporte de drogas tinha outro ente federativo como destino é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei n.º 11.343/2006.

A majorante da interestadualidade deve ser fixada em conformidade com o *iter criminis* percorrido. Se os acusados foram capturados no Estado de origem do narcótico, mostra-se devido o aumento em 1/6 (um sexto).

Havendo modificações de caráter objetivo na dosimetria de pena, devem alcançar o coacusado não recorrente, conforme dicção do art. 580, do Código de Processo Penal.

Apelação ministerial a que se nega provimento, em face da insubsistência probatória das teses arguidas; recurso defensivo a que se dá parcial provimento, ante a inidoneidade de parte da fundamentação da dosimetria de pena, e extensão dos efeitos, *ex officio*, ao coacusado não recorrente, ante a natureza objetiva das modificações.

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, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso do Ministério Público. Por maioria, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso de Rubens Conceição de Oliveira, com extensão dos efeitos, *ex officio*, ao corréu não recorrente Rafael Barbosa Gedro, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o revisor.

Campo Grande, 7 de março de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e por Rubens Conceição de Oliveira contra a sentença (f. 672/688) que condenou o último a 20 (vinte) anos de reclusão e 2.000 (dois mil) dias-multa, e também Rafael Barbosa Gedro a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, bem como absolveu de Ludson Leonardo Mendes e Jurandi de Jesus Olimpio Filho da acusação de tráfico de drogas e todos os acusados da imputação de associação para o tráfico.

O *Parquet* pleiteia a condenação também de Ludson e Jurandi por tráfico de drogas, bem como pela condenação de todos os acusados pelo crime do art. 35, Lei nº 11.343/06. Pretende, ainda, a exclusão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, da dosimetria de pena de Rafael (f. 740/763).

Rubens pugna pela redução da pena-base. Subsidiariamente, o afastamento da agravante do art. 62, I, do Código Penal, e da causa de aumento do art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, ou pela aplicação da moduladora em seu patamar mínimo (f. 765/785).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso adverso (f. 786/790, 792/800, 801/810 e 813/829). Rafael, em contrarrazões, pleiteou a revisão *ex officio* de sua reprimenda e do regime prisional imposto.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial provimento do recurso ministerial, para condenar Ludson e Jurandi por tráfico de drogas e afastar a diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, da dosimetria de pena de Rafael; pelo parcial provimento do apelo de Rubens, para reduzir a pena-base; e pela redução de ofício da pena-base imposta ao acusado Rafael (f. 838/859).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e por Rubens Conceição de Oliveira contra a sentença (f. 672/688) que condenou o último a 20 (vinte) anos de reclusão e 2.000 (dois mil) dias-multa, e também Rafael Barbosa Gedro a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, bem como absolveu de Ludson Leonardo Mendes

e Jurandi de Jesus Olimpio Filho da acusação de tráfico de drogas e todos os acusados da imputação de associação para o tráfico.

Consta na denúncia que, aos 26 de agosto de 2013, por volta de 14 h, em um sítio localizado na Rodovia BR-158, próximo ao Km 245, em Três Lagoas, os acusados, tinham em depósito 200 (duzentas) porções de maconha, totalizando 192 kg (cento e noventa e dois quilos).

Na data dos fatos, a agência de inteligência da Polícia Militar obteve informações no sentido de que traficantes estariam armazenando grande quantidade de entorpecentes num sítio às margens do Rio Paraná, nas proximidades do loteamento de praias denominado "Lapa", a fim transportá-la em uma embarcação para a outra margem do rio, localizada no Estado São Paulo.

Os policiais militares passaram a monitorar os movimentos de Rubens, o qual juntamente com Rafael foi até uma propriedade situada na área rural. Ao chegarem no local, os dois acusados encontravam-se com Jurandi e Ludson, vulgo "Janaúba", que prestavam serviços aos proprietários do sítio. Em continuidade do monitoramento, os policiais visualizaram os acusados manuseando sacos.

Diante disso, foi solicitado apoio de policiais ROTAI, os quais foram percebidos assim que chegaram ao local, momento em que os acusados começaram a fugir, sendo detidos somente Rubens e Rafael, os quais estariam ali reunidos para efetuar a travessia fluvial de maconha até às margens de Itapura (SP), que dali seria difundido no Estado vizinho.

Em vistoria na propriedade, a polícia apreendeu 140 (cento e quarenta) quilos de maconha e o restante enterrado em sacos plásticos. Além da droga, foram apreendidos 01 (um) barco de alumínio com reboque; motores e remos; 01 (um) automóvel Citroen/C3, placas EPE-6886; 01 (uma) motocicleta Honda/CG 150 Titan, placa HSO-7729; 02 (dois) aparelhos de telefone celular; 01 (um) tanque de combustível; 01 (uma) bateria; 01 (uma) motosserra e 01 (uma) espingarda de pressão.

Devidamente processados, Rafael e Rubens foram absolvidos da acusação de associação para o tráfico e condenados pela prática do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06, enquanto Jurandi e Ludson foram absolvidos de todas as imputações, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Por ordem de prejudicialidade, deve-se analisar o pleito ministerial de condenação de Jurandi e Ludson pelo delito do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06, e a condenação de todos os acusados por associação para o tráfico.

Em juízo, o policial militar João Paulo Pestana esclareceu que receberam uma denúncia de que Rubens, na companhia de outra pessoa, estava mantendo certa quantidade de drogas em um rancho e fizeram monitoramento nas proximidades do sítio por aproximadamente três horas, permanecendo a uma distância de 600 (seiscentos) a 700 (setecentos) metros. Afirmou que no local estavam Rubens e Rafael e que lá também tinham outros dois, sendo que um desses saiu antes da abordagem e o outro, seria o caseiro, que conseguiu fugir no momento do ingresso policial.

Disse que foram presos em flagrante Rubens e Rafael, o cheiro de droga dentro da residência era muito forte, devido à quantidade existente na mesa e no tanque da sede do sítio, bem como de outra parte que foi encontrada num buraco a cerca de trinta metros da casa. Narrou que a droga foi adquirida por Rubens em Campo Grande e levada até o sítio no veículo Citroen/C3, sendo que parte desta ficaria em Três Lagoas e outra parte seria levada para Itapura (SP) em transporte via fluvial. Acrescentou ainda que o caseiro seria muito amigo de Rubens, o qual franqueava o acesso deste ao sítio para o manejo da droga (arquivo audiovisual – f. 550/551).

No mesmo sentido foi a declaração do policial militar Cleyton da Silva Santos, que relatou ter ido ao local em apoio, avistou quatro pessoas e, ao perceberem a presença da polícia, dois conseguiram fugir, restando Rubens e Rafael. Também disse que "Janaúba" era caseiro do local (arquivo audiovisual – f. 550/551).

As testemunhas Roberto Morales e Jorge Júnior Amed Rocha confirmam que os acusados Jurandi, vulgo "Novato", e Ludson, vulgo "Janaúba", prestavam serviço de limpeza no sítio de Marisa, que esta não ia com frequência ao local, e que os mesmos não estavam presentes no dia dos fatos (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Margareth Andrade Rocha, irmã de Marisa, declarou que o sítio era da família e que Jurandi foi contratado por Marisa para realizar serviço de limpeza, que não tem conhecimento se Ludson, vulgo "Janaúba", trabalhava lá e que ficou sabendo dos fatos pela imprensa (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Marisa Andrade Rocha afirmou que o sítio foi comprado pela família por cotas, que antes dos fatos existia um caseiro chamado Carlos e que após sua saída contratou o Jurandi para fazer uma limpeza no sítio. Sobre Ludson, asseverou que o mesmo ficava pela região e que o mandou limpar o rancho, porque iriam usá-lo. Aduziu não saber onde a droga foi localizada, eis que após os fatos não conversou com nenhum dos acusados. Relatou que no local tinha embarcação do seu ex-marido, porém ficava acorrentada e a chave ficava na cidade, que o Jurandi ficava apenas com a chave da porteira e do imóvel. Concluiu que Ludson estaria no local, mas que falou para Jurandi mandá-lo embora, pois não o queria lá (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Jurandi negou as acusações, afirmando que sempre trabalhou e que na data dos fatos estava trabalhando por diária, cortando árvores e parou para almoçar. Disse que Ludson já estava no local quando chegou para trabalhar e que o mesmo fez o almoço, enquanto Jurandi foi até um bar comprar refrigerante.

Alegou não conhecer Rubens, mas verificou que havia um automóvel C3 e uma motocicleta no local, entretanto não procurou saber do que se tratava, pois trabalhava na diária. Destacou que, ao chegar no bar, ouviu muitos tiros e por isso evadiu-se para beira do rio, pois ficou assustado e não sabia o que estava acontecendo, afirmou que quando olhou para o sítio viu os policiais correndo atrás dos outros.

Aduziu que, após o ocorrido, foi para casa de sua irmã e resolveu se apresentar para polícia, pois ficou escutando seu nome na rádio. Esclareceu também que não conversou com Marisa, que só conheceu Ludson, vulgo "Janaúba", no rancho, sendo que o mesmo ficava na casa de cima e que Marisa e seus familiares nunca foram lá enquanto este encontrava-se no local.

Relatou ter ficado aproximadamente vinte e três dias no local com Ludson, tendo visto Rafael e Rubens algumas vezes na região, mas não conversava com os mesmos. Ressalvou que Ludson não dormia no local e deslocava-se sempre a pé, porquanto o barco ficava cadeado, e que não viu a droga nem o buraco (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Rafael Barbosa Gedro relatou que a denúncia é parcialmente verdadeira, vez que Rubens teria lhe convidado para ir ao sítio fazer um buraco para jogar lixo, afirmando que estava fazendo uma limpeza no local, mas não sabia da droga. Foi ao sítio numa quinta-feira para furar o buraco; na segunda-feira, Rubens disse que iriam tampar o buraco e retornou ao local, no veículo de Rubens, um Citroen/C3.

Ao chegarem, havia grande quantidade de drogas e Rubens o ameaçou, dizendo que se não o ajudasse deixaria o mesmo sozinho lá, mas caso contribuísse colocando a droga no buraco ganharia uma moto. Disse acreditar que Rubens transportaria a droga para outro Estado, mencionando que nunca mexeu com isso.

Esclareceu que Jurandi e Ludson estavam na casa da frente limpando quintal, quando Rubens chegou como se fosse dono da casa e apenas teria conversado com Ludson e Jurandi.

Mencionou que Ludson e Jurandi não tinham conhecimento da droga, vez que Rubens não deixava os mesmos se aproximarem da casa de baixo. Aduziu que no primeiro dia em que foi ao sítio, a droga não estava lá e na segunda-feira a mesma estaria na casa de baixo. Alegou que no dia dos fatos Rubens fez o almoço e chamou Jurandi e Ludson para almoçar embaixo de uma árvore, sendo que após o almoço Jurandi foi até o bar pegar um refrigerante, momento em que os policiais chegaram no local. Destacou que Jurandi e Ludson não viram a droga, pois ficava fechada na residência e não tinha como sentir o cheiro (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Em juízo, Rubens Conceição de Oliveira não quis falar sobre os fatos mantendo-se calado (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Por sua vez, Ludson Leonardo Mendes, vulgo "Janaúba", confirmou que estava no local, mas negou saber da droga, pois estava ajudando Jurandi na limpeza do sítio, bem como ajudava todos da região. Afirmou ser foragido da Justiça, motivo pelo qual fazia esse tipo de serviço em troca de prato de comida ou recebia pelos serviços prestados, aduzindo que ficava escondido nos sítios da região dormindo em qualquer lugar.

Afirmou que presenciou a movimentação de Rubens e Rafael, mas não quis se envolver, que conseguiu fugir quando presenciou a polícia, esclarecendo que na hora que foi almoçar com Rafael e Rubens, mas não tinha nenhuma droga na casa. Asseverou ter se apresentado à Polícia posteriormente aos fatos, narrando que um dia antes viu Rafael e Rubens na beira do rio, porém não sabe o que estavam fazendo ali, que Jurandi não conhecia os mesmos e que não viu buraco com droga. Concluiu que Rubens foi ao local com um Citroen/C3, não vendo o mesmo mexendo com a droga. Asseverou que também que não conhecia Jurandi, mas se ofereceu para ajudar este em troca de alimentação que após ajudar ia embora a pé, dormindo onde conseguisse (arquivo audiovisual – f. 550/551).

Verifica-se que as declarações não demonstram com segurança a participação de Jurandi e Ludson no tráfico de drogas, isso porque Rafael deixou bem claro em afirmar que os mesmos não tiveram qualquer participação, vez que os mesmos não sabiam da existência da droga e tampouco entraram no local onde esta se encontrava.

Ademais, não há dúvidas de que Jurandi foi contratado por Marisa para realizar limpeza no sítio, sendo dito pela própria Marisa que Ludson também encontrava-se no local e que o mesmo ajudava todos na região.

Ainda, Marisa confirmou que Jurandi ficava apenas com a chave da porteira e da casa do caseiro, sendo que o barco ficava acorrentado e a chave ficava na cidade, não podendo concluir que Jurandi, tenha deixado Rubens adentrar no sítio se este não tivesse uma autorização dada por algum dos donos, isso porque como bem relatou Rafael em juízo de que Rubens entrava no local como fosse de casa.

Ressalta-se que os próprios acusados Jurandi e Ludson afirmaram que viram a movimentação de Rubens e Rafael, mas que não se envolveram, pois estavam ali para fazer limpeza.

Outrossim, Rafael, Jurandi e Ludson declararam no mesmo sentido que na data dos fatos após o almoço Jurandi teria ido comprar um refrigerante no bar vizinho, momento em que a Polícia adentrou no local e Jurandi e Ludson conseguiram fugir, mas posteriormente os mesmos se apresentaram de livre e espontânea vontade para prestar esclarecimentos sobre os fatos, denotando-se maior credibilidade em seus depoimentos.

Dessa forma, ante a insuficiência de provas de autoria e materialidade do tráfico de drogas dos acusados Jurandi e Ludson mantém-se a absolvição em razão do princípio *in dubio pro reo*.

Já quanto ao pleito ministerial para condenação em razão ao crime do art. 35, da Lei n.º 11.343/06, este não deve prosperar, pois embora tenha sido comprovado o tráfico de drogas realizado por Rubens e Rafael, não se pode constatar o vínculo associativo estável e permanente, entre os mesmos, vez que não se comprovou de maneira efetiva da associação para o tráfico entre os acusados, além do que não há qualquer prova de que os mesmos praticavam a comercialização conjuntamente.

Outrossim, as declarações João Paulo, Cleyton, Roberto, Jorge Júnior, Margareth, Maria de Jesus, Marisa, Alice, Irailda e Ostiano em nada contribuíram para comprovar o vínculo associativo entre os acusados (gravação audiovisual f. 550/551), cuja configuração exige:

> *"a convergência de vontade criminosa de duas ou mais pessoas (...) com o fim específico de praticarem os agentes, reiteradamente ou não, o tráfico nas modalidades definidas pelo caput do art. 33 e seu § 1º, bem como quaisquer das modalidades criminosas do art. 34. Ao abranger os mencionados ilícitos, quis o legislador reforçar que a associação deve visar o tráfico, na sua ampla significação, não havendo, contudo, a necessidade de se efetivar a finalidade eleita. O que importa para configuração do crime é a convergência de vontades para a prática de tráfico, bem como dos crimes que o antecedem ou preparam as condições necessárias para o seu proveito, constituindo-se uma sociedade criminosa estável, elementos estes que devem constar na denúncia, sob pena de inépcia, e que precisam de comprovação."* [1] (Destaques não originais)

Dessa forma, sem a demonstração da estabilidade entre os envolvidos não se caracteriza a conduta descrita no art. 35, da Lei 11.343/06, de modo que a manutenção da absolvição torna-se impositiva quando tais condições não foram demonstradas.

Por fim, o recurso ministerial pugna o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06 de Rafael, o que também não deve prosperar.

Verifica-se que Rafael confirmou ter sido convidado por Rubens para fazer um buraco no sítio, mencionando que receberia R$ 100,00 (cem reais). Somente quando retornaram ao local, constatou a droga, afirmando que Rubens ameaçou deixar o mesmo ali caso não o ajudasse e, posteriormente, lhe ofereceu recompensa pelo auxílio.

Assim sendo, ainda que a quantidade de narcóticos chame atenção, imperioso reconhecer que não existem provas mínimas de que Rafael se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa. Tratando-se de réu primário não há como afastar a benesse, mantendo-se a sentença inalterada.

Rubens inicia seu pleito recursal pugnando pela redução da pena-base. Para melhor compreensão do caso em tela transcreve-se parte do *decisum* referente a dosimetria da pena-base, *in verbis* (f. 682/683):

> *"(...) culpabilidade intensa, dado maior grau de reprovabilidade da conduta praticada; antecedentes criminais maculados, face a condenação criminal transitada em julgado em 04/10/2007 (fls. 286, incidência 004), não incide aqui a Súmula 241/STJ; conduta social inadaptada, face a condenação criminal transitada em julgado em 24/10/2007 (fls. 288, incidência 007); sobre a personalidade do criminoso, despontam indícios negativos com franca propensão à prática de crimes, conforme se comprova pela condenação criminal transitada em julgado em 25 de maio de 2006 (fls. 293, incidência*

1 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas comentada,** 2 ed., Curitiba: Juruá, 2007, p.106.

002); os motivos do crime, segundo relatório de vida pregressa decorem estes de ambição; as circunstâncias do crime são graves e anormais para o delito em questão, eis que foi capaz de invadir propriedade rural alheia, fazer uso das dependências, máquinas e instrumentos, proceder a escavações, tudo como se proprietário fosse e com o fim de preparação, depósito, transporte e comercialização de substância entorpecente; as consequências são as mais graves, o que dispensa comentários, porque na atualidade ninguém desconhece os efeitos desastrosos na família e na sociedade causados pelo comércio e uso de substâncias entorpecentes, mas no caso, só não atingiram esse índice de gravidade graças á apreensão feita pelo trabalho policial.

Sendo assim, após devida análise das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, as quais são todas desfavoráveis, e em atenção ao estipulado no art. 42 da Lei 1.343/206, acrescento que o acusado praticara o crime de tráfico ao transportar mais de 192 quilos de maconha, substância que causa dependência psíquica e que provoca sérios e irreversíveis danos ao cérebro e ao sistema nervoso central do ser humano. A grande quantidade de cocaína transportada demonstra a desinibição e destemor com que agem os traficantes nos tempos hodiernos, a personalidade e a conduta social do réu serem prejudicadas, a pena deve ser corresponde às circunstâncias judiciais e a quantidade e natureza do entorpecente, motivos pelos quais, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão e multa que arbitro em 100 (mil) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo."

Verifica-se que o magistrado *a quo* considerou todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, como desfavoráveis ao acusado exasperando a pena-base em 05 (cinco) anos acima do mínimo legal.

No que tange a culpabilidade, não há como dizer que o uso do vocábulo "*intensa*" seja suficiente para fundamentar a negativação do elemento modulador. Assim sendo, por absoluta falta de motivação e ausência de recurso ministerial neste aspecto, a circunstância da culpabilidade deve ser analisada de forma neutra.

Quanto aos antecedentes os mesmos devem persistir tendo em vista que o acusado é reincidente múltiplo, contando com ao menos 04 (quatro) condenações definitivas (f. 313/324). Neste cenário, não há óbice para que cada condenação seja utilizada como fundamento a negativação de um elemento distinto da dosimetria de pena, como o fez o magistrado *a quo*.

Assim sendo, não há como afastar a avaliação desfavorável atinente à conduta social e à personalidade do agente, porquanto baseadas em condenações definitivas anteriores.

O motivo do crime foi a ambição, vez que o acusado buscava o lucro fácil, com o transporte e venda da ilícita substância noutro Estado, não buscando meios de sobreviver dentro dos limites da lei.

Em casos tais, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que, "***o objetivo de lucro fácil e as graves conseqüências à saúde pública, aspectos caracterizadores da referida prática criminosa (...) não são inerentes ao tipo penal.***" [2] (Destaques não originais)

Referido posicionamento está solidificado nos seguintes precedentes: HC 18.940/RJ, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 05/03/02; HC 41.876/MS, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17/05/05; HC 74.482/PR, 5ª T., REL. Min. Gilson Dipp, j. 19/06/07 e HC 59.834/MS, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/10/06, todos entendendo que a busca do lucro fácil não integra o tipo penal do tráfico.

2 REsp 644.268/SP, STJ, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28/02/2005, p. 359.

De igual modo, as circunstâncias do delito foram demasiadamente graves, porquanto Rubens teve a desfaçatez de invadir propriedade alheia, contratar terceira pessoa, escavar o local, com a finalidade de armazenar e posteriormente transportar exorbitante quantidade de narcóticos. Evidente que sua conduta poderia atingir seriamente a vida de pessoas desvinculadas do crime, como é o caso de Ludson, Jurandi e Marisa.

Em relação à quantidade e natureza da droga, elementos preponderantes na dosimetria de pena, é inegável que 192 kg (cento e noventa e dois quilos) de maconha não podem passar desapercebidos do Poder Judiciário, merecendo exasperação a reprimenda inicial.

Por outro lado, não se pode aceitar a fundamentação quanto às consequências do crime, uma vez que – infelizmente – "*os efeitos desastrosos na família e na sociedade*" são normais ao tipo penal, portanto inerentes à conduta criminosa.

Passa-se à nova dosimetria. Diante das considerações acima, pena-base deve ser estabelecida em 09 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

Na segunda fase busca afastamento da agravante do art. 62, I, do Código Penal, o que não prospera, vista que houve comprovação de que o acusado organizava e liderava empreitada criminosa em traficar drogas para outro Estado.

Nesse sentido leciona a jurisprudência: *"Evidenciado nos autos, diante da narrativa dos fatos, pelos coréus, e do contexto da apreensão da droga, que o apelado organizava e liderava a empreitada criminosa, justifica-se a aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal."* [3]

No mesmo sentido, não há que falar em afastamento na terceira fase do art. 40, V, da Lei 11.343/06, isso porque, como bem ponderou Rafael em juízo, Rubens iria transportar a droga até cidade de Itapura (SP).

Assim, não há dúvida de que o dolo na conduta e a tomada de atitudes tendentes a pratica do delito mediante a sobreposição de divisas estaduais é suficiente para configurar a causa de aumento de pena.

Sobre o assunto discorre a doutrina que "*não será necessário que a droga efetivamente tenha que 'tocar' mais de um Estado da Federação, bastando que se comprove que a intenção do agente era conduzi-la a outro Estado.*" [4]

Deveras, aqui não deve ser analisada, tão somente, a potencialidade de disseminação da droga, mas o desvalor da conduta, pois a iniciativa de transportar o ilícito produto passando por mais de um Estado da Federação escancara ousadia e recalcitrância criminosa na medida em que o agente se expõe por maior tempo e, mesmo assim, não se intimida diante da possibilidade de ser interceptado.

Ademais, não se está – absolutamente – punindo a mera intenção do tráfico de drogas interestadual, mas o claro e inquestionável transporte da droga por vários Estados da federação, já que, ao serem detidos no meio do caminho, a conduta ultrapassou a fase de mera cogitação e preparo ingressando na consumação propriamente dita, que somente não se exauriu a totalidade por conta da atuação policial, que efetuou o flagrante.

3 TRF 1ª R., Ap 0000672-55.2010.4.01.3601, 3ª T., rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 06/09/2011, DJ 16/09/2011.

4 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas comentada,** São Paulo: Método, 2007, p. 146.

A respeito, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS RELATIVA À INTERESTADUALIDADE DO DELITO – ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006 – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL – REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE – EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA ENTRE OS ESTADOS – IRRELEVÂNCIA.*
>
> *1. Ainda que se possa reconhecer que o acórdão proferido em sede de habeas corpus não serve como parâmetro para fins de comprovação da dissenso jurisprudencial, tal circunstância não inviabiliza o conhecimento do recurso especial pela alínea a do permissivo constitucional quando, como na hipótese, restarem atendidos os demais requisitos de admissibilidade pertinentes.*
>
> *2. Não há necessidade de revolvimento do conjunto probatório quando o próprio acórdão de origem registra que a intenção do acusado em transportar a droga para outro estado teria restado comprovada nos autos.*
>
> *3. A incidência da causa de aumento do tráfico interestadual de entorpecentes não exige a efetiva transposição pelo agente da divisa estadual, bastando a comprovação de que a substância se destinava a outra unidade da federação. Precedentes.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* [5]

Outrossim, Rubens pleiteia a redução do *quantum* da majorante da interestadualidade.

Verifica-se que o magistrado *a quo* fundamentou o patamar de 2/3 (dois terços) para a causa de aumento considerando circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, do Código Penal.

Ocorre que essa justificativa por si só não é suficiente para majorar a aplicação da moduladora, devendo-se observar que o *iter criminis* percorrido pelos acusados.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é consolidada "*o quantum aplicado pela causa de aumento de interestadualidade deve corresponder ao iter criminis percorrido pelo agente.*" [6]

No caso dos autos, pretendiam transportar para estado vizinho e foram presos ainda na origem, devendo-se estabelecer o patamar de 1/6 (um sexto).

Desta forma, é necessária nova dosimetria da reprimenda.

Partindo da pena-base fixada em 09 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos dias-multa e não havendo atenuantes, a incidência das agravantes do art. 62, I, do Código Penal, e da reincidência, conduz as penas provisórias ao patamar de 11 (onze) anos e 1.100 (mil e cem) dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de diminuição, razão pela qual a incidência da majorante da interestadualidade, no patamar de 1/6 (um sexto), torna a pena definitiva em 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1.283 (mil e duzentos e oitenta e três) dias-multa.

Por fim, algumas modificações de pena de caráter objetivo devem beneficiar o acusado Rafael, ainda que não tenha interposto recurso, conforme art. 580, do Código de Processo Penal.

5 AgRg-REsp 1.390.977/MS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/11/2013.

6 Ap 0001618-49.2014.8.12.0011, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJ 01/07/2015.

Inicialmente, nota-se que a sentença padece do mesmo vício já constatado de fundamentação genérica quanto a análise desfavorável da culpabilidade e das consequências do crime, estabelecendo a reprimenda inicial em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Desta forma, tais elementos moduladores devem ser excluídos, estabelecendo-se a reprimenda inicial em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda fase, conforme sentença, devem incidir a menoridade relativa e da confissão espontânea, atenuando a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Em razão da agravante do art. 62, IV, do Código Penal, a pena provisória passa para 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na terceira fase, a aplicação da majorante de interestadualidade em 1/6 (um sexto) conduz a reprimenda ao patamar de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias multa. Por fim, a incidência da diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar de 1/3 (um terço), torna a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 427 (quatrocentos e vinte e sete) dias-multa.

Ainda que a alteração de pena tenha sido significativa, não há razão para modificação do regime prisional inicial, mormente ante a persistência de circunstância judicial desfavorável de natureza preponderante, qual seja a exorbitante quantidade de narcótico.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul; dou parcial provimento ao apelo de Rubens Conceição de Oliveira, para reduzir sua pena-base e estabelecer o *quantum* da majorante de interestadualidade no mínimo legal, e, *ex officio*, estendo os efeitos ao coacusado Rafael Barbosa Gedro, com fundamento no art. 580, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor):

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso ministerial.

Acompanho-o em parte para dar provimento em maior extensão ao recurso de Rubens Conceição de Oliveira, estendendo a decisão ao corréu Rafael Barbosa Gedro.

A divergência restringe-se à valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à conduta social, personalidade e motivos do crime, bem como ao afastamento da majorante da interestadualidade, prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

Embora o réu seja multireincidente, não há como mensurar a conduta social e a personalidade com base em condenações definitivas pretéritas, ainda que diversas daquelas utilizadas para valorar negativamente os antecedentes e a agravante da reincidência.

O cidadão deve responder pelo fato criminoso imputado e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do fato *versus* Direito Penal do autor).

Ademais, o réu não foi submetido a exame de natureza psiquiátrica ou psicológica para aferir se realmente possui personalidade com "propensão à práticas criminosas", como consta da sentença, inexistindo nestes autos elementos hábeis que possam permitir que o julgador profira "diagnóstico" de tal natureza.

Outrossim, os motivos do crime considerados negativos em razão de "ambição" também não devem ser considerados para o aumento da pena-base.

"Ambição" que segundo o dicionário Houaiss significa *"forte desejo de poder ou riquezas, honras ou glórias; cobiça; cupidez"*, é fator intrínseco ao tipo penal do tráfico na busca de lucro.

Segundo o entendimento já exposto pelo Superior Tribunal de Justiça: *"elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos, não podem ser utilizados para aumentar a pena-base."* (Cf, STH, HC 335.135/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015).

No mais, acompanho o e. Relator para afastar a valoração negativa da culpabilidade e consequências do crime, mantendo somente o desvalor dos antecedentes, das circunstâncias do delito e da quantidade e natureza da droga (192 Kg de maconha), as quais devem ser consideradas na dosimetria da pena.

Quanto à majorante da interestadualidade, embora comprovada a intenção dos agentes em disseminar a droga em outro Estado da federação, a conduta não chegou a se concretizar.

A despeito da existência de julgados em sentido contrário, entendo que, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06, é imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação (cf. TJMS, 2ª Câmara Criminal, AC 2012.013954-2, Rel. designado Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 04.6.2012; AC 2012.012640-4, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 21.5.2012).

Descabe ao Direito Penal punir intenções. Ademais, não se verificaram as razões da causa de aumento, em punir com maior rigor a disseminação da droga em mais de um Estado e o fato de dificultar as investigações, o que de fato não ocorreu, havendo apreensão da droga ainda no local onde estava armazenada.

Portanto, passo à nova dosimetria da pena tanto do recorrente Rubens Conceição de Oliveira, quanto do corréu Rafael Barbosa Gedro, por aplicação do art. 580, do CPP.

Rubens Conceição de Oliveira:

Na primeira fase da dosimetria sua pena fica estabelecida em 7 anos e 6 meses de reclusão e 750 dias-multa, conforme fundamentos acima lançados.

Na segunda fase não há atenuantes a serem reconhecidas e aplicadas as agravantes do art. 62, IV, do CP, (promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais), no patamar de um ano de reclusão e cem dias-multa para cada uma.

Na terceira fase, afastada a majorante da interestadualidade, torno a pena do réu definitiva em 9 anos e 6 meses de reclusão e 950 dias-multa, mantendo-se o regime prisional fechado e o valor da pena de multa, assim como fixados na sentença.

Rafael Barbosa Gedro:

Inicialmente observo que na primeira fase a dosimetria deste difere do corréu porque não foram considerados negativos os antecedentes, os quais foram mantidos para aquele. Logo, permanecem negativas as circunstâncias do delito e da quantidade e natureza da droga. Porém, a natureza e quantidade da droga devem ser deslocadas apenas para a análise da pena na terceira fase para fixação da minorante da eventualidade, sob pena de se incorrer em *bis in idem.* Assim, fixo a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Na segunda fase afasto, de ofício, a agravante aplicada na sentença (art. 62, IV, do CP), de agir mediante promessa de paga ou recompensa, por representar *bis in idem,* já que inerente ao próprio crime de tráfico de drogas (Cf. STJ. AgRg no REsp 1360277/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 05/09/2014).

Foram reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea pelas quais reduziu-se na sentença 1 ano de reclusão e 100 dias-multa para cada uma, porém, em razão da pena mínima em abstrato ser suficiente e necessária à reprovação do delito, a pena intermediária deve ficar nesse patamar, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase foi afastada a majorante da interestadualidade. Mantendo-se a minorante da eventualidade em 1/3, em razão da quantidade e natureza da droga.

Sob tais parâmetros, a pena, portanto, resulta definitivamente em 3 anos e 4 meses de reclusão e 333 dias-multa.

Em razão da pena aplicada e das circunstâncias judiciais negativas fixo o regime prisional semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade e mantenho o valor da multa como aplicado na sentença.

Diante do exposto:

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual;

Acompanho em parte e. Relator para dar provimento em maior extensão ao recurso de Rubens Conceição de Oliveira, a fim de aumentar a redução da pena-base e afastar a majorante do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006;

De ofício, estendo os efeitos da decisão ao corréu Rafael Barbosa Gedro e, de ofício, afasto a agravante do art. 62, IV, do CP da dosimetria da pena deste último e fixo o regime semiaberto para cumprimento de sua pena privativa de liberdade.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso do Ministério Público. Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso de Rubens Conceição de Oliveira, com extensão dos efeitos, *ex officio*, ao corréu não recorrente Rafael Barbosa Gedro, nos termos do voto do relator, vencido em parte o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 07 de março de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0033002-26.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – REGRESSÃO CAUTELAR SEM PRÉVIA AUDIÊNCIA – POSSIBILIDADE – COMUTAÇÃO DA PENA – ERRO MATERIAL VERIFICADO – CORREÇÃO OPERADA PELA INSTÂNCIA SINGELA – EXTENSÃO DE REDUÇÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO CORRÉU – CONDIÇÕES PESSOAIS QUE NÃO SE COMUNICAM – REMIÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PROVIMENTO PARCIAL.

Não há de se cogitar qualquer ilegalidade na decisão que, diante da notícia de falta grave pelo sentenciado, determina a regressão cautelar do regime.

Tendo o julgador *a quo* verificado o equívoco na comutação da pena apontado pela defesa, realizando o desconto de 1/5 (um quinto) da pena remanescente referente ao Decreto n.º 8.172/2013, no cálculo de liquidação da reprimenda, não há que se realizar qualquer acerto judicial face a correção operada na instância singela.

Não há falar em extensão da decisão que redimensionou pena do corréu quando não há identidade de casos como exige o art. 580, do Código de Processo Penal, eis que cada agente teve sua pena individualizada por uma instância, não se tratando da mesma pena-base e tampouco da mesma dosimetria.

Inexistindo apreço do juízo singular quanto ao pedido de remição, é certo que eventual decisão superior acarreta indevida supressão de instância, cabendo apenas ao juízo *ad quem* determinar a análise do pleito defensivo com a urgência que o caso requer.

Agravo de execução penal defensivo a que se dá parcial provimento a fim de que o juízo das execuções penais analise pedido de remição e em caso de homologação – parcial ou total – elabore novo cálculo de liquidação de pena.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de março de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

José Roberto Cersóssimo interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu os pedidos de saída temporária, progressão de regime e livramento condicional; postergou análise de pedido de comutação de pena; deferiu parcialmente remição de pena; bem como determinou a regressão cautelar para o regime fechado ante a prática de falta disciplinar e entendeu desnecessária a realização de nova dosimetria da pena decorrente de pedido de extensão referente a recurso do corréu oriundo do Superior Tribunal de Justiça.

Relata que formulou pedido de comutação da pena, nos termos do Decreto Presidencial n.º 8.380/2014, aos 29 de dezembro de 2014, tendo o *Parquet* opinado favoravelmente à concessão do benefício.

Em seguida, aos 06 de fevereiro de 2015, protocolou pedido de comutação referente ao Decreto Presidencial n.º 8.172/2013, pois *"o direito existente em 2013 influencia o* quantum *a ser comutado em 2014"*.

Ao analisar referidos pleitos o magistrado deferiu a comutação de 1/5 (um quinto) sobre a pena remanescente do delito comum que, aos 25 de dezembro de 2014, era de 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 05 (cinco) dias – contados período remidos – totalizando, portanto, o lapso de 10 (dez) meses e 01 (um) dia a serem comutados dos crimes comuns.

Esclarece que a pena total é de 28 (vinte e oito) anos e 07 (sete) meses, dos quais apenas 08 (oito) anos e 02 (dois) meses referem-se a crime comum e permitem comutação, conforme cálculo de liquidação de pena (f. 590/593).

Argumenta que diante da pena do delito comum constante no cálculo – 08 (oito) anos e 02 (dois) meses – não seria possível comutar 1/5 (um quinto) de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses conforme constou.

Esclarece que referida decisão ainda não foi publicada e não é o objeto do presente recurso, contudo, está influenciando decisão posterior posto que o magistrado decidiu equivocadamente que a comutação com base no Decreto n.º 8.172/2013 já foi objeto de análise nos autos e determinou novo cálculo de pena.

Alega que o sentenciado faz jus a 02 (duas) comutações sucessivas de 1/5 (um quinto) da pena remanescente em relação ao ano de 2013 e ao ano de 2014, restando ao final da operação 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 17 (dezessete) dias a serem cumpridos.

Insurge-se, ainda, contra a determinação de regressão cautelar, eis que embora tenha incorrido em falta disciplinar, aos 28 de janeiro de 2015, é certo que durante o cumprimento da pena ostentou bom comportamento. Outrossim, a regressão sem realização de audiência de justificação implica em flagrante ilegalidade.

Assevera que comprovou o total de 118 dias a serem remidos, contudo, o julgador singelo homologou apenas 24 (vinte e quatro) dias trabalhados ou o equivalente a 08 (oito) dias remidos, e mesmo que o sentenciado venha a ser punido pela prática de falta disciplinar não pode o magistrado deixar de deferir o benefício requerido e comprovado.

Esclarece que o agravante foi condenado juntamente com outros acusados a pena de 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, sendo interposto *habeas corpus* n.º 101.118 perante o Supremo Tribunal Federal pleiteando a redução da pena-base imposta em 12 (doze) anos.

Naquele feito foi determinado que se procedesse a nova dosimetria da pena indicando elementos concretos que justificassem a sua exasperação e após reanálise o agravante obteve nova reprimenda.

O corréu Jusceland Guedes Valêncio interpôs então recurso especial n.º 1.214/763/MS, junto ao Tribunal da Cidadania, que em decisão de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellize, deu provimento ao recurso redimensionando a pena-base para 08 (oito) anos de reclusão.

Entende, portanto, que faz jus a extensão dos efeitos dessa decisão nos termos do art. 580, do Código de Processo Penal, eis que sua reprimenda fora fixada de modo idêntico ao corréu.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pelo parcial provimento a fim de que seja analisada a comutação referente ao ano de 2013.

Em juízo de retratação o magistrado corrigiu erro material constante na decisão vergastada e, no mais, manteve a decisão invectivada (f. 163/165).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 176/180).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

José Roberto Cersóssimo interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu os pedidos de saída temporária, progressão de regime e livramento condicional; postergou análise de pedido de comutação de pena; deferiu parcialmente remição de pena; bem como determinou a regressão cautelar para o regime fechado ante a prática de falta disciplinar e entendeu desnecessária a realização de nova dosimetria da pena decorrente de pedido de extensão referente a recurso do corréu oriundo do Superior Tribunal de Justiça.

Insurge-se o agravante contra a determinação de regressão cautelar, eis que embora tenha incorrido em falta disciplinar, aos 28 de janeiro de 2015, é certo que durante o cumprimento da pena ostentou bom comportamento e a regressão sem realização de audiência de justificação implica em flagrante ilegalidade.

Acerca de referido fato esclareceu o julgador singelo por ocasião do juízo de retratação (f. 163):

> *"Inicialmente, quanto ao restabelecimento do regime de cumprimento de pena do sentenciado, em superficial análise aos autos, nota-se que foi o sentenciado ouvido em audiência de justificação na data de 15/10/2015 (f. 899) e, aos 15/12/2015, em razão do reconhecimento da prática de duas faltas graves - posse de substância entorpecente e de chip telefônico - teve seu regime de cumprimento de pena regredido ao fechado, nos termos da decisão de f. 935/938 (decisão que não é objeto de recurso). Portanto, em razão da regressão de regime, resta prejudicada a análise de retorno ao semiaberto, o que se dará mediante nova progressão de regime, após o cumprimento dos requisitos legais"*

Vê-se que não mais subsiste o motivo ensejador do pleito, vez que foi realizada a audiência de justificação e constatada a prática de falta grave decretada a regressão de regime definitiva.

Outrossim, mister pontuar que *"não constitui infringência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa a regressão cautelar do regime prisional pelo juiz da execução, sem oitiva prévia do condenado, necessária apenas na regressão definitiva*"[1].

1 TJGO, Ag-ExPen 0457916-70.2014.8.09.0175, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, DJ 16/03/2015, p. 277.

Nesta mesma toada, os seguintes precedentes jurisprudenciais: TJMS, AG-ExPen 0000514-64.2015.8.12.0018, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, DJ 01/04/2015, P. 87; TJSC, Ag-ExPen 2014.077120-5, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 10/03/2015, DJ 25/03/2015, p. 368; e TJMG, Ag-ExPen 1.0338.12.012508-7/001, rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. 11/12/2013, DJ 10/01/2014.

Logo, não há de se cogitar a ocorrência de qualquer ilegalidade na decisão que, diante da notícia da prática de falta grave pelo sentenciado, determina a regressão cautelar do regime prisional.

Note-se que no caso em análise não foi negado ao sentenciado o direito de apresentar sua justificativa – caso em que haveria ilegalidade - posto que a audiência de justificação ocorreu ainda que muito posteriormente à prática da falta grave e regressão cautelar.

Assim, não há falar em recolocação ao regime mais brando.

De outro lado, pretende o sentenciado ver sua reprimenda redimensionada por força de comutações sucessivas referentes aos anos de 2013 e 2014, e extensão de decisão proveniente do Tribunal da Cidadania que redimensionou a pena-base do corréu.

Novamente cumpre trazer à baila as ponderações do magistrado acerca do assunto (f. 165):

> *"Quanto ao pedido para que seja estendido o benefício concedido ao corréu Jusceland nos autos do REsp n. 1214763/MS, de igual maneira, não merece prosperar. Explico:*
>
> *Conforme se pode observar através da primeira sentença de mérito proferida na data 21/05/2008, cuja cópia encontra-se acostada às 42/58 da guia de recolhimento n. 0000244-67.2010, de fato, a dosimetria da pena não foi individualizada, mas sim em conjunto entre os réus Gerson Palermo, Jusceland Guedes Valêncio e o sentenciado José Roberto Cersósimo (vide f. 53).*
>
> *Os dois primeiros réus Gerson Palermo e Jusceland Guedes Valêncio interpuseram recurso de apelação pugnando para que seja feita nova dosimetria da pena, respeitando-se o princípio da individualização, o que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos de REsp n. 1.214.763/MS.*
>
> *Posteriormente a isso, a Defesa do sentenciado José Roberto Cersósimo ingressou com expediente avulso junto ao STJ, pleiteando a extensão do benefício.*
>
> *Por tal razão, o STJ encaminhou o expediente avulso à este juízo para análise do pleito - nova dosimetria- eis que a r.sentença condenatória já havia transitado em julgado.*
>
> *Ocorre que o sentenciado José Roberto Cersósimo, ao invés de optar pelo recurso de apelação e, posteriormente, REsp junto ao STJ, como fizeram os demais réus Jusceland e Gerson Palermo, ingressou por meio da Defensoria Pública da União com Ordem de Habeas Corpus diretamente ao Supremo Tribunal Federal, pleiteando, exatamente, seja feita nova dosimetria individualizada da pena, ordem esta acolhida pelo STF.*
>
> *No entanto, nova dosimetria individualizada da pena já havia sido realizada pelo juízo da condenação, conforme se pode verificar nitidamente por meio da f. 75/78 da guia de recolhimento n. 0000244-67.2010.*
>
> *Consigna-se que desta segunda sentença de mérito, proferida somente quanto ao sentenciado José Roberto Cersósimo, não foi impetrado qualquer recurso, ocorrendo o trânsito em julgado na data de 03/08/2010 (vide f. 103 da gr n. 0000244-67.2010).*

Portanto, considerando que a mais alta Corte de Justiça deste País já havia determinado a realização de nova dosimetria individualizada quanto ao sentenciado José Roberto Cersósimo, o que foi prontamente atendido pelo juízo sentenciante, s.m.j. tenho por totalmente desnecessária a prolação de uma terceira sentença de mérito, uma vez que a pretensão deduzida pela defesa -dosimetria individualizada - foi devidamente realizada por meio de decisão judicial já transitada em julgada.

Por tais razões, sob este aspecto - nova dosimetria - mantenho integralmente a decisão recorrida.

No tocante a concessão da comutação de penas quanto ao Decreto n. 8.172/2013, de fato, foi esta objeto de análise por meio da decisão de f. 692.

No entanto, nesta oportunidade, corrijo o erro material contido na r.decisão (f. 692), a fim de alterar a parte dispositiva nos seguintes termos:

"Ante o exposto, com fundamento no art. 2º do Decreto n. 8.172/2013, DEFIRO a comutação de 1/5 sobre a pena remanescente do crime comum o que, em 25.12.2013 era de 4 anos, 2 meses e 5 dias (incluindo todo o período remido), totalizando, portanto, 10 meses e 1 dia a comutar da pena dos crimes comuns."

Por fim, registro que o cálculo de liquidação de penas de f. 860/864, foi devidamente realizado levando-se em consideração a comutação de 10 meses e 1 dia, referente ao Decreto n. 8.172/2013 (vide f. 862 do cálculo), motivo pelo qual, deixo de acolher a pretensão defensiva de realizar novo cálculo."

Com relação a comutação da pena verifica-se que o magistrado corrigiu o equívoco apontado pela defesa e que consta corretamente no cálculo de liquidação de pena f. 35 e, portanto, foi realizado o desconto de 1/5 (um quinto) da pena remanescente referente ao Decreto n.º 8.172/2013.

Resta agora somente a análise da comutação referente ao Decreto n.º 8.380/2014, aos 29 de dezembro de 2014, cumprindo ao magistrado realiza-la após a decisão final deste agravo.

Quanto a extensão da redução da pena operada pelo Superior Tribunal de Justiça cumpre analisar toda a dosimetria operada em desfavor do sentenciado desde o início.

Por ocasião da sentença prolatada pela 1º vara criminal o agravante foi sentenciado nos seguintes termos (f. 118):

"Passa-se à dosagem das penas.

A Gerson Palermo, José Roberto Cersóssimo e Jusceland Guedes Valêncio.

Conforme certidões de f. 155, 260, 261, 330, 332 e 366, os antecedentes destes acusados são péssimos, sendo, inclusive, reincidentes.

Para o tráfico de drogas.

Trata-se de tráfico de quase uma tonelada e meia de maconha, o que justifica um aumento significativo nas penas-base.

Atentando-se para as diretrizes do art. 59, do Código Penal, fixa-se as penas-base em 12 anos de reclusão e multa de 1.200 dias-multa, do valor unitário correspondente a 1/30 do valor salário mínimo vigente na época do fato, corrigido até o dia do efetivo pagamento. Pela agravante de reincidência, aumentadas em 1/6, as penas passam a ser

de catorze anos de reclusão e multa de mil e quatrocentos dias-multa. Na ausência de circunstância genérica ou especial, de aumento ou diminuição, estas penas tornam-se definitivas"

Inconformado interpôs apelação, a qual confirmou a sentença recorrida tendo o sentenciado impetrado *habeas corpus* n.º 101.118/MS junto ao Supremo Tribunal Federal, que concedeu parcialmente a ordem para que o magistrado sentenciante procedesse à nova dosimetria (f. 151).

Em cumprimento a determinação do Pretório Excelso o julgador singelo procedeu à nova dosimetria nos seguintes termos (f. 123):

"Tendo em conta a r. Decisão do Habeas Corpus n. 101118, impetrado no Supremo Tribunal Federal, tendo como paciente José Roberto Cersóssimo, comunicada à fl. 1150-1, deferindo em parte a presente ordem, mantendo a condenação, anulando somente na parte da fixação da pena, devendo este Juízo proceder uma nova ponderação na dosimetria da pena em bases compatíveis com a própria exigência de razoabilidade, analisando as diretrizes do artigo 59 do CP, para, apenas e tão somente o crime de tráfico de drogas (artigo 33, da Lei 11.343/06), passo a fixá-las.

A culpabilidade do réu foi intensa, pois trata-se de tráfico de quase uma tonelada e meia de maconha. Seus antecedentes são péssimos, conforme se orienta nas certidões de fls. 260 e 330, o que demonstra que sua conduta social é totalmente voltada para delinquência. Não há nos autos elementos suficientes para uma análise mais aprofundada de sua personalidade. Os motivos do crime visam obter dinheiro fácil. As circunstâncias e as consequências do delito, são graves ao convívio social, visto que põem em risco a saúde pública, trazendo graves prejuízos aos jovens, além de desencadear inúmeros outros delitos. Saliento, por fim, que o Estado não colaborou para a prática do delito, razão pela qual será considerado para efeitos da pena.

Feitas tais ponderações, e considerando a grande quantidade de droga apreendida e a sua natureza, fixo a pena-base para o delito de tráfico de drogas acima do mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, este no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido até o dia do efetivo pagamento.

Não há atenuantes incidindo na espécie. Porém, conforme se extrai da certidão de f. 155, o acusado é reincidente específico, assim, com supedâneo no artigo 61, inciso I, do Código Penal, relativa a agravante da reincidência, razão pela qual agravo a pena em 1/6, as penas passam a ser de 09 (nove) anos e 11 (onze) meses de reclusão e multa de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, à razão já estabelecida, a qual à míngua de outros elementos, torno-a definitiva"

Por sua vez, Jusceland Guedes Valêncio também interpuseram apelação, a qual foi improvida por este Sodalício e, posteriormente, pleiteou redimensionamento da pena por violação ao princípio da individualização perante o Superior Tribunal de Justiça, através do RESP n.º 1.214.763/MS, o qual foi acolhido consignando-se *in verbis* (f. 92/93):

"No tocante à fixação da pena-base do recorrente, merece reforma o acórdão. Assim, na primeira fase, para a exacerbação da pena, devem ser consideradas as circunstâncias de maus antecedentes e da quantidade de entorpecentes apreendida.

Tenho, nessa linha, que o montante de pena aplicado ao réu na origem, de 12 (doze) anos, está acima do razoável para o caso. Uma vez que a sanção prevista para o delito de tráfico ilícito de entorpecentes varia entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos, fixo a pena-base em 7 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa.

Em segunda fase, pela reincidência, aumento a pena em 1 (um) ano e 100(cem) dias-multa.

Ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, fica a sanção definitiva para o crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixada em 8 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa, mantidas as demais disposições fixadas na Origem."

O corréu Gerson Palermo pugnou pela extensão da decisão do recurso especial n.º 1.214.763/MS, sendo o pleito encaminhado ao juízo das execuções face o trânsito em julgado da sentença condenatória (f. 95/96).

Igualmente o agravante José Roberto Cersóssimo ingressou o pedido extensivo da redução de pena, tendo o Tribunal da Cidadania adotado o mesmo proceder e encaminhado ao juízo das execuções a análise do pleito (f. 8/99).

Por sua vez o julgador executor – como visto – entendeu desnecessária a prolação de nova sentença de mérito, vez que em tese o agravante já haveria obtido tal redimensionamento em outra oportunidade.

O caso é meticuloso e exige raciocínio atento.

Como bem observou o magistrado ao optar por impetrar *habeas corpus* diretamente no Supremo Tribunal Federal a defesa do agravante encurtou a via recursal e obteve a pretensão almejada, qual seja, reduzir sua reprimenda.

Assim, automaticamente aniquilou a sentença de primeira instância, posto que com a determinação do Pretório Excelso ao magistrado singelo para que procedesse nova dosimetria da pena um novo provimento originário foi proferido. Em cumprimento a determinação do acórdão superior foi proferida nova sentença condenatória agora constando a reprimenda inferior em favor do agravante.

A nova sentença – agora impondo a reprimenda de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão – por sua vez autorizaria o recurso de apelação que não foi interposta pela defesa do acusado que, portanto, se conformou com a redução obtida transitando em julgado aos 03 de agosto de 2010 (f. 164).

Por sua vez, o corréu Jusceland optou pela via do recurso especial perante o Tribunal da Cidadania, o qual acatando a irresignação defensiva substituiu a sentença originária reduzindo-a.

Eis aqui a impossibilidade de extensão da ordem almejada pelo agravante, pois Jusceland combateu perante o Superior Tribunal de Justiça a reprimenda inicial – 12 (doze) anos de reclusão – a qual não mais existia em desfavor de José Roberto Cersóssimo, que já havia questionado a mesma perante o Supremo Tribunal Federal e obtido sua substituição pelo juiz singelo por outra inferior.

Assim, não há falar em extensão da ordem, eis que não há identidade de casos como exige o art. 580, do Código de Processo Penal, cada réu obteve sua pena individualizada e cada qual por uma instância. Não se trata da mesma pena-base e tampouco da mesma dosimetria sendo descabida a extensão requerida.

Por fim, assevera que comprovou o total de 118 dias a serem remidos, contudo, o julgador singelo homologou apenas 24 (vinte e quatro) dias trabalhados ou o equivalente a 08 (oito) dias remidos, sendo que ainda que fosse punido pela prática de falta disciplinar não poderia o magistrado deixar de deferir o benefício requerido e comprovado.

Compulsando os autos verifica-se que de fato foram acostados atestados de trabalho constando período de trabalho e dias a serem remidos da pena do sentenciado f. 62, 63 e 64, os quais totalizam 118 (cento e dezoito) dias a serem reduzidos da reprimenda como alega a defesa.

Por outro lado, é certo que não houve manifestação do julgador acerca dos mencionados dias remidos - nem mesmo por ocasião do juízo de retratação – e eventual decisão deste tribunal poderia acarretar supressão de instância.

Assim, determina-se que o juízo da execução penal manifeste-se expressamente acerca do pedido de remição referente aos atestados de trabalho prisional n.º 234/2015 (f. 62), n.º 632/2014 (f. 63), e n.º 337/2015 (f. 64), os quais juntos s totalizam 118 (cento e dezoito) dias a serem remidos e em caso de homologação – total ou parcial – seja elaborado novo cálculo de liquidação de pena.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de execução penal interposto por José Roberto Cersóssimo a fim de determinar que juízo da execução penal manifeste-se expressamente acerca do pedido de remição referente aos atestados de trabalho prisional n.º 234/2015 (f. 62), n.º 632/2014 (f. 63), e n.º 337/2015 (f. 64), os quais juntos totalizam 118 (cento e dezoito) dias a serem remidos e em caso de homologação – total ou parcial – seja elaborado novo cálculo de liquidação de pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 07 de março de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002485-60.2010.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – ARTIGOS 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006 – DELITOS AUTÔNOMOS – APREENSÃO DE APETRECHOS QUE NÃO CONFIGURA O SEGUNDO CRIME – ABSOLVIÇÃO – PENA E REGIME FIXADOS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – MANTIDOS – NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PARCIALMENTE PROVIDO.

No tocante ao crime de posse de objetos para o preparo da droga, os utensílios apreendidos em poder do apelante não se prestam aos fins descritos no tipo penal, ou melhor, não configuram o objeto material do delito. O art. 34 da Lei de Drogas pune a guarda de aparelho, instrumento ou objeto destinado à fabricação, preparação ou transformação de drogas, ou seja, para a caracterização do crime os instrumentos devem possuir algumas destas finalidades. Não basta que sejam encontrados na residência do acusado alguns apetrechos que indiquem o preparo para comercialização de entorpecentes. É preciso identificar, na conduta, a adaptação ao tipo penal, mormente por terem sido apreendidos num mesmo contexto fático, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de incidir no vedado *bis in idem*. Absolvição.

Quanto à dosimetria da pena corpórea em relação ao delito previsto no art. 33 da citada Lei, não houve impugnação especificamente, apenas menção, que faz crer, referir-se ao expurgo referente ao crime previsto no referido art. 34. Mesmo porque, foi fixada a pena-base no mínimo legal. Na segunda fase reconhecida a atenuante da menoridade relativa e na terceira fase, aplicada a causa de diminuição acertadamente em 1/3, considerando a quantidade e diversidade de entorpecentes (aproximadamente 227 g de maconha; 86 g de pasta-base e 24 trouxinhas de pasta-base, pesando aproximadamente 5 g cada), restando a pena definitiva para o crime de tráfico de drogas em 03 anos e 04 meses de reclusão e 332 dias-multa. Proporcional e suficiente a redução da pena de multa. Sem alterações a serem feitas neste ponto.

O réu apesar de primário, de bons antecedentes e de serem favoráveis as circunstâncias judiciais, não merece regime mais brando que o semiaberto, em razão da considerável quantidade e diversidade de entorpecentes, dentre os quais, pasta-base de cocaína, da mais elevada perniciosidade. Na definição do regime prisional, aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos no art. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

Incabível a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos em face das circunstâncias do caso concreto demonstrarem a insuficiência para prevenção e reprovação do delito. Além da considerável quantidade e diversidade de entorpecentes, os apetrechos utilizados para o preparo e comercialização da droga e a participação de um menor de idade na empreitada criminosa, indicam a acentuada gravidade na conduta do agente.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de absolver Joander Rafael Santos Machado, do crime previsto no artigo 34 da Lei de Drogas. No mais, permanece inalterada a sentença.

Comunique-se, com urgência, ao juízo de origem para a adoção das medidas cabíveis.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 31 de março de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Joander Rafael Santos Machado, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 (pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e 332 dias-multa) e 34 (pena de 03 anos de reclusão e 1200 dias-multa), ambos da Lei n. 11.343/2006, no regime inicial semiaberto.

Narra a denúncia:

> *"Consta dos autos que no dia 09/07/2010, por volta das 18h35min, na Rua Maria Candida de Freitas, nº 1895, bairro Jardim América, nesta urbe, o denunciado Joander Rafael Santos Machado, ciente da ilicitude de sua conduta e da reprovabilidade do fato, em conluio de esforço com o menor E. da S. M. (Ato Infracional nº 135/10), tinham em deposito, para fins de mercancia, as drogas conhecidas como cocaína e maconha, em total desacordo com a Portaria do Ministério da Saúde nº 344, atualizada pela Resolução-RDC nº 026, de 15/02/2005, bem como possuíam aparelhos (balança) e produto (ácido bórico/ removex) destinado para preparação e transformação de drogas.*
>
> *De acordo com os Autos, os policiais civis e militares apreenderam na residência do menor infrator aproximadamente 227g de maconha; 86g de pasta-base e 24 trouxinhas de pasta-base, pesando aproximadamente 5g cada, (Auto de Exibição e Apreensão fls. 20/ Laudo de Exame Preliminar de Constatação, fls. 21/22).*
>
> *Apurou-se durante as investigações que o denunciado associou-se ao menor infrator para preparação e a venda das drogas na cidade de Paranaíba.*
>
> *Consta ainda que foram apreendidos, em poder do denunciado, 01 frasco com liquido de Removex, 01 frasco com liquido e Acido Bórico, várias unidade de sacolas plásticas cortadas em tirar e 01 balança de precisão marca Hidromel, modelo 9000010000, capacidade de 5 kg (de Exibição e Apreensão fls. 20), todos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização e desacordo com determinação legal."*

Nas razões de apelação de fls. 200-213, alega em resumo, impossibilidade de concurso de crimes entre os tipos penais previstos nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006, dizendo ser este norma subsidiária àquele. Requer a absolvição pelo art. 34 da Lei Antidrogas com fundamento no princípio da consunção. Subsidiariamente expõe acerca da pena aplicada e pede a redução da pena de multa. Por fim, pugna pela aplicação do concurso formal entre os delitos e fixação do regime aberto. Prequestiona os artigos 34 da Lei n. 11.343/2006; 60 e 70 do Código Penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões as fls. 214-224 pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 228-236 pelo desprovimento do recurso. Prequestiona violação aos artigos 33, 49, 59 e 69 do Código Penal; artigos 33, 34 e 42 da Lei n. 11.343/2006; artigo 577 do Código de Processo Penal e Súmula 231 do STJ.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Joander Rafael Santos Machado, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 (pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e 332 dias-multa) e 34 (pena de 03 anos de reclusão e 1200 dias-multa), ambos da Lei n. 11.343/2006, no regime inicial semiaberto.

Nas razões de apelação de fls. 200-213, alega em resumo, impossibilidade de concurso de crimes entre os tipos penais previstos nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006, dizendo ser este norma subsidiária àquele. Requer a absolvição pelo art. 34 da Lei Antidrogas com fundamento no princípio da consunção. Subsidiariamente expõe acerca da pena aplicada e pede a redução da pena de multa. Por fim, pugna pela aplicação do concurso formal entre os delitos e fixação do regime aberto. Prequestiona os artigos 34 da Lei n. 11.343/2006; 60 e 70 do Código Penal.

Passo à análise.

Narra a denúncia:

> *"Consta dos autos que no dia 09/07/2010, por volta das 18h35min, na Rua Maria Candida de Freitas, nº 1895, bairro Jardim América, nesta urbe, o denunciado Joander Rafael Santos Machado, ciente da ilicitude de sua conduta e da reprovabilidade do fato, em conluio de esforço com o menor E. da S. M. (Ato Infracional nº 135/10), tinham em deposito, para fins de mercancia, as drogas conhecidas como cocaína e maconha, em total desacordo com a Portaria do Ministério da Saúde nº 344, atualizada pela Resolução-RDC nº 026, de 15/02/2005, bem como possuíam aparelhos (balança) e produto (ácido bórico/ removex) destinado para preparação e transformação de drogas.*
>
> *De acordo com os Autos, os policiais civis e militares apreenderam na residência do menor infrator aproximadamente 227g de maconha; 86g de pasta-base e 24 trouxinhas de pasta-base, pesando aproximadamente 5g cada, (Auto de Exibição e Apreensão fls. 20/ Laudo de Exame Preliminar de Constatação, fls. 21/22).*
>
> *Apurou-se durante as investigações que o denunciado associou-se ao menor infrator para preparação e a venda das drogas na cidade de Paranaíba.*
>
> *Consta ainda que foram apreendidos, em poder do denunciado, 01 frasco com liquido de Removex, 01 frasco com liquido e Acido Bórico, várias unidade de sacolas plásticas cortadas em tirar e 01 balança de precisão marca Hidromel, modelo 9000010000, capacidade de 5 kg (de Exibição e Apreensão fls. 20), todos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização e desacordo com determinação legal.*
>
> *Ante o exposto, denuncio Joander Rafael Santos Machado, já qualificado, como incursos no Art. 33, caput, art. 34 e 35 da Lei 11.343/06, c/c art. 69, caput, do Código Penal requerendo que seja a presente recebida, autuada, de modo a iniciar o devido processo legal, com a citação e interrogatório do denunciado, e normal instrução, até o final decisão condenatória, nos termos da Lei 11.343/06."*

Consoante se entende da sentença, o magistrado reconheceu que a apreensão de 01 frasco com líquido de "Removex", 01 frasco com líquido de ácido bórico, várias unidades de sacolas plásticas cortadas em tiras e 01 balança de precisão (auto de fl. 24), caracteriza o tipo penal previsto no art. 34 da Lei n. 11.343/06, o qual tem a seguinte redação:

> *"Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)".*

Não basta que sejam encontrados na residência do acusado alguns apetrechos que indiquem o preparo para comercialização de entorpecentes. É preciso identificar, na conduta, a adaptação ao tipo penal.

Com efeito, os utensílios apreendidos em poder do apelante não se prestam aos fins descritos no tipo penal, ou melhor, não configuram o objeto material do delito. O art. 34 da Lei de Drogas pune a guarda de aparelho, instrumento ou objeto destinado à fabricação, preparação ou transformação de drogas, ou seja, para a caracterização do crime, os instrumentos devem possuir algumas destas finalidades.

Conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, o termo fabricar está ligado ao ato de "*produzir em larga escala"*; instrumento à *"objeto mecânico para alcançar fim semelhante a de uma máquina"*; preparação refere-se à *"obtenção de algo através da composição de elementos"*; e a transformação à *"alteração da composição original de drogas"* (Leis penais e processuais penais comentadas. São Pàulo: RT, 2010, p. 377).

Embora os referidos utensílios prestem-se à preparação, separação e embalagem de drogas a serem comercializadas, denunciando a traficância, não se destinam à produção ou transformação de substâncias entorpecentes, mormente por terem sido apreendidos num mesmo contexto fático, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de incidir no vedado *bis in idem*.

Por oportuno o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...)* ***Há nítida relação de subsidiariedade entre os tipos penais descritos nos arts. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. De fato, o tráfico de maquinário visa proteger a "saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida", ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. No caso, referida análise prescinde do reexame de fatos, pois da leitura da peça acusatória, verifica-se que a droga e os instrumentos foram apreendidos no mesmo local e num mesmo contexto, servindo a balança de precisão e a serra/alicate de unha à associação que se destinava ao tráfico de drogas, não havendo a autonomia necessária a embasar a condenação em ambos os tipos penais simultaneamente, sob pena de bis in idem. 4. Salutar aferir, ademais, quais objetos se mostram aptos a preencher a tipicidade penal do tipo do art. 34 da Lei de Drogas, o qual visa coibir a produção de drogas. A meu ver, deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sob pena de a posse de uma tampa de caneta - utilizada como medidor -, atrair a incidência do tipo penal em exame. Relevante, assim, analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, além de a conduta não se mostrar autônoma, verifico que a apreensão de uma balança de precisão e de um alicate de unha não pode ser considerada como posse***

de maquinário nos termos do que descreve o art. 34 da Lei de Drogas, pois referidos instrumentos integram a prática do delito de tráfico, não se prestando à configuração do crime de posse de maquinário. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para excluir a condenação dos recorrentes Márcia Regina Millezi e Francisco Luís Alves de Lima pela prática do delito do art. 34 da Lei de Drogas. (REsp 1196334/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013) – grifei.

"(...) O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração, sendo, pois, prescindível a realização de atos de venda do entorpecente. (...) O tráfico de maquinário visa proteger a "saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida", ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. Deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, ou seja, relevante analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, a apreensão de medidores, aquecedores, fogão de boca, liquidificador industrial, 5 (cinco) liquidificadores de uso doméstico, triturador elétrico, 8 (oito) peneiras, diversas fitas isolantes, tanques/tóneis, sendo 3 (três) de tamanho grande e 2 (dois) pequenos, 2 (duas) balanças de precisão, 3 (três) minibalanças de precisão, 6 (seis) fardos de sacos plásticos transparentes e 1 (um) galão de 20 (vinte) litros de amoníaco, todos com resquícios de cocaína em pó ou já transformada em crack, bem como a existência de provas que demonstram a existência de laboratório destinado ao refinamento de cocaína e da transformação desta em crack, demonstram a autonomia das condutas e inviabilizam a incidência do princípio da consunção, por não serem esses objetos meios necessários ou fase normal de execução do tráfico de drogas. 8. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 303.213/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013)

Absolvo o apelante da prática do delito previsto no art. 34 da Lei de Drogas, com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Quanto à dosimetria da pena corpórea em relação ao delito previsto no art. 33 da citada lei, não houve impugnação especificamente, apenas menção, que faz crer, referir-se ao expurgo referente ao crime previsto no referido art. 34, como exposto.

Mesmo porque, foi fixada a pena-base no mínimo legal. Na segunda fase reconhecida a atenuante da menoridade relativa e na terceira fase, aplicada a causa de diminuição acertadamente em 1/3, considerando a quantidade e diversidade de entorpecentes (aproximadamente 227g de maconha; 86g de pasta-base e 24 trouxinhas de pasta-base, pesando aproximadamente 5g cada), restando a pena definitiva para o crime de tráfico de drogas em 03 anos e 04 meses de reclusão e 332 dias-multa. Proporcional e suficiente a redução da pena de multa. Sem alterações a serem feitas neste ponto.

Por conseguinte, para estabelecimento do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos no art. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

O réu apesar de primário, de bons antecedentes e de serem favoráveis as circunstâncias judiciais, não merece regime mais brando que o semiaberto, em razão da considerável quantidade e diversidade de entorpecentes, dentre os quais, pasta-base de cocaína, da mais elevada perniciosidade.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, pela primariedade do acusado e pela análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, mas, por outro lado, tendo em vista a não aplicação da minorante no patamar máximo de 2/3, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal. - As instâncias ordinárias não promoveram a substituição da pena corporal, por entenderem que a natureza e a quantidade elevada do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fundamentação que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte.Precedentes.- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto."*(HC 312.731/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

Incabível a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos em face das circunstâncias do caso concreto demonstrarem a insuficiência para prevenção e reprovação do delito.

Além da considerável quantidade e diversidade de entorpecentes, os apetrechos utilizados para o preparo e comercialização da droga e a participação de um menor de idade na empreitada criminosa, indicam a acentuada gravidade na conduta do agente.

Como prevê o art. 44, III, do CP:

> *"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****." – g.n.*

Trata-se do princípio da suficiência, como leciona MASSON:

> *"A pena restritiva de direitos precisa ser adequada e suficiente para atingir as finalidades da pena. Em outras palavras, tanto a retribuição do mal praticado pelo crime como a prevenção (geral e especial) de novos crimes, inerentes à pena privativa de liberdade, devem ser alcançadas com a pena restritiva de direitos."*[1]

Ressalto que a matéria prequestionada foi devidamente analisada, inexistindo violação ou negativa de vigência.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de absolver Joander Rafael Santos Machado, do crime previsto no artigo 34 da Lei de Drogas. No mais, permanece inalterada a sentença.

Comunique-se, com urgência, ao juízo de origem para a adoção das medidas cabíveis.

1 MASSON, Cleber**. Direito Penal esquematizado: parte geral.** Vol.1.3ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 31 de março de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0035000-63.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO TENTADO E RECEPTAÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE AO CRIME DE FURTO EM RAZÃO DO ÍNFIMO VALOR DO BEM EM FACE DO PODER ECONÔMICO DA VÍTIMA – MANTIDA CONDENAÇÃO DO DELITO DE RECEPTAÇÃO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CABÍVEL – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – ISENÇÃO DE CUSTAS – CABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

A conduta perpetrada pelo agente, que é primário e não ostenta antecedentes criminais, é irrelevante para o direito penal. O delito em tela – subtração de 48 latas de energético "Red Bull", avaliados em R$ 263,00 (duzentos e sessenta e três reais) - insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. Tal conclusão é possível no presente caso em face do poder econômico da vítima e também porque tratou-se de mera tentativa, como é de se esperar em um estabelecimento comercial de grande porte – Supermercado -, que sabidamente conta com esquema de segurança com filmadoras e funcionários capacitados para tanto. Assim, o ofendido não sofreu lesão ao bem jurídico tutelado, logo, no caso em tela, considerando o valor irrisório da *res*, não justifica a repressão penal. Não se trata, aqui, de cogitar que as condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas, mas de entender o direito penal como a *ultima ratio*, somente podendo ser movimentado quando houver uma lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado.

O conjunto probatório dos autos demonstra que o réu estava ciente de que a motocicleta se tratava de produto de origem ilícita, situação que se enquadra perfeitamente na caracterização de receptação dolosa.

Pena-base. Expurgo das circunstâncias judiciais da conduta social, personalidade, motivos e consequências, diante da inexistência de elementos idôneos nos autos para valorá-las como desfavoráveis.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substitui-se a pena corpórea por uma restritiva de direitos.

Quanto ao pedido de isenção das custas, com a concordância da parte contrária, é cabível a suspensão da exigibilidade enquanto perdurar o estado de pobreza, podendo assim permanecer pelo prazo de 05 anos, nos termos do art. 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Em parte com 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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de junho de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Abraão Lopes Sanabria, condenado à pena de 01 ano, 09 meses e 28 dias de reclusão e 93 dias-multa, no regime aberto, pela prática dos delitos previstos no art. 155, § 2º, c/c art. 14, II, do Código Penal e art. 180 do Código Penal.

Narra a denúncia:

> *"1º Fato: (...) no dia 28 de agosto de 2014, às 08h30, no supermercado Fort Atacadista, localizado no cruzamento da Rua Japão com a Rua Santa Adélia, Bairro Marcos Roberto, nesta Comarca, o Denunciado Abraão tentou subtrair para si, ou para outrem coisa alheia móvel, consistente em 48 (quarenta e oito) latas de energético "Red Bull", de propriedade da vítima Supermercado Fort Atacadista.*
>
> *2º Fato: (...) o denunciado Abraão havia se deslocado até o local pilotando uma motocicleta, que estava estacionada no estacionamento da Loja Havan. Ao procederem à checagem da placa da moto (Honda, modelo CG Titan 125, cor vermelha, placa HST-9272), lograram em descobrir que o veículo era produto de furto, tendo Abraão conduzido, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime." (fls. 01-04).*

Nas razões de apelo as fls. 184-199 requer a absolvição do crime de furto em razão do princípio da insignificância e absolvição do delito de receptação por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a isenção das custas processuais. Formula prequestionamento.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 201-221 pugna pelo provimento parcial do apelo. Apresenta prequestionamento.

Em parecer de fls. 226-243 a PGJ manifesta-se pelo provimento parcial do recurso defensivo. Prequestiona dispositivos legais citados em suas argumentações.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Abraão Lopes Sanabria, condenado à pena de 01 ano, 09 meses e 28 dias de reclusão e 93 dias-multa, no regime aberto, pela prática dos delitos previstos no art. 155, § 2º, c/c art. 14, II, do Código Penal e art. 180, *caput,* do Código Penal.

Narra a denúncia:

> *"1º Fato: (...) no dia 28 de agosto de 2014, às 08h30, no supermercado Fort Atacadista, localizado no cruzamento da Rua Japão com a Rua Santa Adélia, Bairro Marcos Roberto, nesta Comarca, o Denunciado Abrão tentou subtrair para si, ou para outrem coisa alheia móvel, consistente em 48 (quarenta e oito) latas de energético "Red Bull", de propriedade da vítima Supermercado Fort Atacadista.*
>
> *2º Fato: (...) o denunciado Abrão havia se deslocado até o local pilotando uma motocicleta, que estava estacionada no estacionamento da Loja Havan. Ao procederem à checagem da placa da moto (Honda, modelo CG Titan 125, cor vermelha, placa HST-9272), lograram em descobrir que o veículo era produto de furto, tendo Abrão conduzido, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime." (fls. 01-04).*

Nas razões de apelo as fls. 184-199 requer a absolvição do crime de furto em razão do princípio da insignificância e absolvição do delito de receptação por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a isenção das custas processuais. Formula prequestionamento.

Absolvição do crime de furto – princípio da insignificância

O réu foi condenado porque tentou subtrair para si 48 (quarenta e oito) latas de energético "Red Bull", do Supermercado Fort Atacadista, não obtendo êxito por circunstâncias alheias a sua vontade, pois foi abordado pelo vigilante do local.

A *res furtiva* foi avaliada em R$ 263,00 (duzentos e sessenta e três reais) – fl. 34, o que equivale a 36,3% do salário mínimo vigente à época dos fatos (28.08.2014).

O réu é primário e não ostenta antecedentes criminais (fls. 94-95).

Na hipótese em apreço, não há como considerar relevante a conduta descrita nos autos em face do insignificante valor do bem, inclusive em face do poder econômico da vítima – um supermercado.

E, também porque tratou-se de mera tentativa, como é de se esperar em um estabelecimento comercial de grande porte – Supermercado -, que sabidamente conta com esquema de segurança com filmadoras e funcionários capacitados para tanto.

Crimes desse jaez cometidos em estabelecimentos comerciais são até mesmo previsíveis, logo, diferem do delito perpetrado em uma residência, asilo inviolável que o morador não espera ter invadido.

Assim, o ofendido não sofreu lesão ao bem jurídico tutelado, logo, no caso em tela, considerando o valor irrisório da *res*, não justifica a repressão penal.

Não se trata, aqui, de cogitar que as condutas lesivas de pouca relevância passem a ser consideradas lícitas, mas de entender o direito penal como a *ultima ratio*, somente podendo ser movimentado quando houver uma lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado.

A respeito transcrevo preciosa lição do Professor Luiz Flávio Gomes:

> *"Tanto no Direito brasileiro como no comparado a via dogmática mais apropriada para se alcançar o desideratum da não punibilidade do fato ofensivo ínfimo é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela, 'que é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos mínimos não*

> *se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos mínimos se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal'.*
>
> *(...)*
>
> *O chamado princípio da insignificância (Geringfügirkeitsprinzip), na esteira da lição de Roxin, é justamente o que permite, na maioria dos tipos legais, excluir desde logo danos de pouca importância: 'maus tratos, portanto, não é qualquer tipo de dano à integridade corporal, senão somente o relevante; analogamente, desonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de certa importância; injuriosa é só a lesão grave à pretensão social de respeito (...) Se com esses fundamentos se organiza de novo conseqüentemente a instrumentalização de nossa interpretação do tipo, se alcançaria, ademais de uma melhor interpretação, uma importante contribuição para reduzir a criminalidade em nosso país'."* (Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, *in*: Doutrina, nº 11. Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 2001, pp. 320/343).

Nesse sentido destaco a jurisprudência:

> "Ementa: *APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A imputação é pela prática de furto, na forma tentada, de um skate, um capacete e uma joelheira, avaliados indiretamente em cento e trinta e cinco reais (R$ 135,00), objetos integralmente recuperados em razão da prisão em flagrante do agente. Em se tratando de mercadorias produzidas em série e subtraídas de comerciantes, o valor deve corresponder ao custo de reposição de estoque e não, ao preço de varejo, pois este sempre traz embutido o ganho do comerciante. Sob essa ótica, a lesão patrimonial é ainda menor. Verificados os requisitos autorizadores da aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, deve-se reconhecer a possibilidade de aplicação de tal princípio. 2. CONDIÇÕES PESSOAIS As condições pessoais do réu, verificadas através da reincidência ou de antecedentes não obstam a aplicação do princípio em tela, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO."* (Apelação Crime Nº 70050263367, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2012)

Portanto, absolvo réu do crime de furto tentado, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, aplicando o princípio da insignificância.

Absolvição do crime de receptação

A materialidade resta demonstrada pelas fls. 06-08 (auto de prisão em flagrante) e fls. 28-30 (boletim de ocorrência).

A autoria igualmente restou demonstrada pela confissão extraprocessual e prova testemunhal.

Na fase policial o apelante confessou que adquiriu a motocicleta Honda Titan, modelo 03/04, vermelha, placa HST 9272 de uma pessoa desconhecida, pelo valor de R$ 50,00, sabendo tratar-se de produto de crime (fls. 16-17).

Em juízo, alterou um pouco a versão, aduzindo que havia adquirido a motocicleta pelo valor de R$ 950,00. A princípio afirmou que sabia tratar-se de produto de origem ilícita, posteriormente disse que não sabia exatamente que era furtada (fl. 92 – arquivo de áudio).

Os policiais Evandir Ribeiro Ferreira e Alam Alves Menezes afirmaram sob o crivo do contraditório e ampla defesa que foram checar a motocicleta estacionada que estava com o réu e ao constataram que se tratava de produto de furto (fl. 92 – arquivo de áudio).

A alegação defensiva de que o réu desconhecia a origem ilícita da motocicleta não restou comprovada. Ademais, isso é insuficiente para desconstituir a prática da receptação em face da conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso.

O artigo 180, *caput,* do CP dispõe:

> *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.* - grifei

A motocicleta que estava na posse do réu era produto de furto ocorrido em 03.08.2014 (fl. 29).

Logo, diante da posse do objeto furtado, ocorre a inversão do ônus da prova, devendo o réu provar a licitude desta posse, o que não ocorreu na hipótese. No sistema probatório penal, a prova do alegado incumbe a quem a fizer. Sobre o ônus da prova, ensina Guilherme de Souza Nucci:

> *"Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, 'O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos' (ônus da prova no processo penal, p. 178-182)".* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. SP: ed. RT, 2009. p. 156)

E jurisprudência:

> *"No crime de receptação, a apreensão de produto de crime na posse do agente, redunda na inversão do ônus da prova, incumbindo à defesa comprovar a origem lícita do bem. se não se desincumbe desse mister, incensurável a r. sentença que condeno o réu."* (TJ-DF - Processo: APR 980949620098070001 DF 0098094-96.2009.807.0001 Relator(a): Alfeu Machado. Publicação: 23/02/2011. Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal)

> *"A mera alegação quanto ao desconhecimento da origem ilícita dos objetos encontrados na residência do acusado não se mostra hábil à reforma do édito condenatório referente ao crime de receptação, situação que gera a presunção de responsabilidade delitiva, mormente se o acervo probatório colhido, aliado à lógica dos acontecimentos, indica situação diversa".* (TJ - GO; ACr 500238-65.2009.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos; DJGO 20/07/2011; Pág. 257.)

Do conjunto probatório depreende-se que o réu tinha consciência da origem ilegal da motocicleta, devendo ser mantida a condenação pelo delito previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Redução da pena-base

Mantida a condenação do delito de receptação, passo à análise da pena-base.

O magistrado singular consignou:

> *"A sua culpabilidade é normal a espécie; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais e processos criminais (porém, a sua vida pregressa não será considerada para a aplicação da pena base no que pertine aos antecedentes - STJ, súmula 444); tais fatos demonstram que sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão, fato este que evidencia ter personalidade propensa a pratica criminosa, posto que dotado de periculosidade e perseverante na prática delitiva, e, também, denota a insensibilidade moral e desprezo pelas vítimas, posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial a que as submete, em decorrência do 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, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem em conduta totalmente reprovável, em vez de dedicar-se ao trabalho honesto (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador); as circunstâncias são normais a espécie; que as conseqüências foram sérias, pois, além dos danos patrimoniais (resultado - elemento do tipo), a ação do condenado certamente causou trauma psicológico na vítima, quiçá com seqüelas irreversíveis (resultado - não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito.*
>
> *Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 02 (dois) anos de reclusão e para a pena pecuniária em 100 (cem) dias-multa."*

O sentenciante majorou a pena-base em 01 ano de reclusão e 90 dias-multa, considerando desfavoráveis as moduladoras da conduta social, personalidade, motivos e consequências.

Segundo leciona Ricardo Augusto Shmitt[1] sobre personalidade: *"(...) trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa,(...)"* e sobre a conduta do agente*:"(...) 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 familia e seus colegas de trabalho.(...)".* E, assim, as argumentações *"reprovável, vez que faz do crime seu meio de vida, como se fosse uma profissão"* e "*propensa a pratica criminosa*" utilizadas pelo magistrado sem qualquer elemento nos autos, não servem como fundamentos idôneos para caracterizar essas circunstâncias como negativas.

No que tange aos motivos, *"auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem*", não serve como fundamento idôneo para majorar a pena-base, pois a busca da vantagem é inerente aos delitos patrimoniais.

No que tange às consequências do crime, são normais ao tipo e inexistem elementos concretos que qualquer consequência emocional da vítima, tratando-se.

Registro que reiteradamente na análise dos recursos contra a sentença-padrão proferida pelo mesmo magistrado, acerca das moduladoras acima tenho repetidamente afastado as valorações negativas.

Portanto, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, ou seja, 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, contudo, incabível a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, consoante Súmula 231 do STJ, razão pela qual mantenho a reprimenda no mesmo patamar.

1 Sentença Penal Condenatória 4ª ed. JusPoivm, 2009. p. 96/98.

Na terceira fase inexistem causas de aumento e diminuição de pena, razão pela qual torno-a definitiva em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Substituição por restritiva de direitos

Observado que o que o apelante preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, deve-lhe ser concedida a substituição da pena corpórea por uma restritiva de direito, a ser fixada pelo juízo da execução penal.

Isenção das custas processuais

Por fim, quanto ao pedido de isenção das custas, com a concordância da parte contrária, é cabível a suspensão da exigibilidade enquanto perdurar o estado de pobreza, podendo assim permanecer pelo prazo de 05 anos, nos termos do art. 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Prequestionamento

Inexiste violação aos dispositivos prequestionados.

Conclusão

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para absolver o réu do crime de furto tentado, com fulcro no art. 386, inc. III, do CPP, aplicando o princípio da insignificância; reduzir a pena-base do delito de receptação para o mínimo legal; substituir a pena corpórea por restritiva de direitos e isentar das custas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 02 de junho de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0001044-31.2016.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – TRABALHO EXTERNO NA INICIATIVA PRIVADA – REEDUCANDO SÓCIO DA EMPRESA – CONFUSÃO ENTRE EMPREGADOR E EMPREGADO – NÃO CABÍVEL – COMUTAÇÃO DE PENA – TRÁFICO DE DROGAS – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – VEDAÇÃO EXPRESSA NO DECRETO Nº 8.615/2015 – DELITOS PRATICADOS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76 – IRRELEVÂNCIA – PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA TÍPICA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Lei 7.210/84 não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada. Exige, apenas, que o apenado esteja cumprindo a reprimenda em regime fechado ou semiaberto.

Entretanto, é preciso restar largamente demonstrado o exercício efetivo do trabalho externo, por meio de documento hábil, com especificação da jornada desenvolvida. Na hipótese, inexiste comprovação por meio de documento idôneo da jornada de trabalho efetiva realizada pelo agravante, até mesmo porque a figura de empregador e empregado confundem-se, já que é sócio da empresa, sendo que a declaração de trabalho acostada nos autos de execução penal é assinada pela esposa do reeducando.

Pelo princípio da continuidade normativa típica, tem-se que os crimes pelos quais o agravante foi condenado (tráfico e associação para o tráfico) descritos nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, com o advento da Lei nº 11.343/06 tais condutas passaram a integrar os dispositivos legais previstos nos artigos 33 e 35 da nova lei. O Decreto 8.615/2015, que trata de indulto e comutação de pena, não se aplica aos crimes hediondos e a estes equiparados – vedação expressa (art. 9º). Em relação ao delito de associação ao tráfico, apesar de se tratar de crime comum, igualmente não é cabível a comutação de pena por expressa vedação disposta no inciso II do art. 9º do Decreto Presidencial.

Com o parecer – negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de junho de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Edson Marcelo Albuquerque Silva Maia contra a decisão de fls. 37-40 proferida pelo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã que negou a concessão da remição da pena por trabalho externo e o pedido de comutação de pena com base no Decreto nº 8.615/2015.

Em suas razões recursais (fls. 01-11), alega que atualmente cumpre pena no regime semiaberto pelos delitos descritos nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/76 e trabalha em empresa de sua família como gerente de obras desde a data de 17.04.2015, bem como que cabe ao juízo de execução de pena constatar e fiscalizar o trabalho, não podendo negar a remição ao argumento de que não está sujeito a nenhuma fiscalização do juízo, pois não há distinção sobre o local de trabalho para casos de remição.

Quanto ao pedido de comutação, aduz que o Decreto Presidencial fez menção expressa a lei nova, não tratando da Lei n.º 6.368/76 e não consta de forma específica que não cabe o indulto aos crimes hediondos e assemelhados. Afirma que o delito foi consumado em momento anterior à qualificação do crime de tráfico de drogas como hediondo e o delito descrito no art. 14 da Lei 6.368/76 se trata de crime comum.

O Ministério Público apresenta contrarrazões (fls. 47-56), requerendo o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo provimento do recurso (fls. 65-72).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Edson Marcelo Albuquerque Silva Maia contra a decisão de fls. 37-40 proferida pelo juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã que negou a concessão da remição da pena por trabalho externo e o pedido de comutação de pena com base no Decreto nº 8.615/2015.

Em suas razões recursais (fls. 01-11), alega que atualmente cumpre pena no regime semiaberto pelos delitos descritos nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/76 e trabalha em empresa de sua família como gerente de obras desde a data de 17.04.2015, bem como que cabe ao juízo de execução de pena constatar e fiscalizar o trabalho, não podendo negar a remição ao argumento de que não está sujeito a nenhuma fiscalização do juízo, pois não há distinção sobre o local de trabalho para casos de remição.

Quanto ao pedido de comutação, aduz que o Decreto Presidencial fez menção expressa a lei nova, não tratando da Lei n.º 6.368/76 e não consta de forma específica que não cabe o indulto aos crimes hediondos e assemelhados. Afirma que o delito foi consumado em momento anterior à qualificação do crime de tráfico de drogas como hediondo e o delito descrito no art. 14 da Lei 6.368/76 se trata de crime comum.

Remição

O reeducando, cumprindo a reprimenda em regime semiaberto, pleiteou a remição da pena pelo trabalho externo desenvolvido na empresa da família.

Nos termos do artigo 126, *caput*, da Lei de Execução Penal, o reeducando, em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto, pode remir pelo trabalho parte do tempo da execução da pena, especificando que a contagem deve ser feita à razão de 01 dia de pena para 03 de trabalho, *verbis*:

> *"Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*
>
> *§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (...) II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (...)"*

Na hipótese, o magistrado singular indeferiu o pleito de remição pelo trabalho externo em razão de o do réu ser um dos sócios da empresa, de modo que se torna impossível qualquer fiscalização efetiva do trabalho por ele exercido:

> *"O reeducando não está sujeito a nenhuma fiscalização deste juízo de execução penal, a fim de aferir se a jornada de trabalho alegada realmente está sendo cumprida diariamente pelo reeducando. Note-se que a remição por trabalho externo somente pode ser admitida quando a jornada de trabalho é efetivamente fiscalizada, mediante convênio da empresa beneficiária da prestação de serviço com o juízo da execução penal ou mesmo com a Agepen, o que não é o caso dos autos. Ora, sabe-se que o dever de fiscalizar a prestação de serviços externos, por parte dos apenados, é do Estado, todavia, na ausência deste, cabe ao empregador exercer referida fiscalização imediata. Na espécie, o trabalho externo declarado pelo reeducando como gerente de obras (atividade externa da empresa Amoreira Comércio de Materiais para Construção LTDA) não está sujeita a nenhuma fiscalização, nem mesmo do empregador, sendo certo que o reeducando é sócio da referida empresa, juntamente com sua esposa, sr^a^ Aline Aguiar. Não é demasiado dizer, portanto, que não existe a figura do empregador, haja vista que o reeducando é gerente e sócio da empresa, o que torna impossível a fiscalização efetiva e, consequentemente, não há como se conceder o benefício da remição. Sobre o tema já se decidiu: "AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUPERVISÃO E JORNADA DE TRABALHO. TRABALHO EXTERNO. [...] Não se pode considerar qualquer trabalho como potencial ferramenta de ressocialização, mormente para fins de remição da pena. O labor apto a ensejar a remição deve ser tão-somente aquele desenvolvido nos moldes da Lei de Execução Penal, pautada no desenvolvimento da disciplina e compromisso do reeducando. Inexistente comprovação de que a atividade laboral do apenado foi desenvolvida de maneira supervisionada, sob fiscalização do órgão de execução, afigura-se impossível constatar o caráter ressocializador da atividade. Remição afastada. AGRAVO PROVIDO, EM PARTE, POR MAIORIA".* (Agravo Nº 70066089806, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 16/09/2015)".

De fato, a Lei 7.210/84 não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada. Exige, apenas, que o apenado esteja cumprindo a reprimenda em regime fechado ou semiaberto.

Entretanto, para a concessão do benefício, é preciso restar largamente demonstrado o exercício efetivo do trabalho externo, por meio de documento hábil, com especificação da jornada desenvolvida.

No caso em tela, inexiste comprovação por meio de documento idôneo da jornada de trabalho efetiva realizada pelo agravante, até mesmo porque a figura de empregador e empregado confundem-se, já que é sócio da empresa. A declaração de trabalho juntada a fl. 599 dos autos de execução penal nº 0001290-95.2014 é assinada pela esposa do reeducando.

Neste ponto distingue-se o presente recurso do julgado de minha relatoria (agravo de execução n.º 0000924-34.2015) mencionado pelo agravante na inicial, pois nesse caso havia a declaração hábil do empregador, restando demonstrada eficazmente a jornada de trabalho efetuada, além da fiscalização da atividade laboral desenvolvida pelo contratador.

O trabalho externo constitui um benefício no qual se busca a reintegração do apenado na vida em sociedade. Todavia, o instituto da remição possui requisitos, dentre os quais está a fiscalização efetiva e idônea quanto à regularidade na relação laboral, situação que resta impossível no presente caso em que o trabalho externo é exercido em empresa da qual o agravante é sócio, tornando-se incabível, portanto, o benefício.

Nesse sentido já decidiram este Sodalício e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA. REGIME SEMIABERTO. APENADO EM EXERCÍCIO DE TRABALHO EXTERNO. EMPRESA DA QUAL É SÓCIO-PROPRIETÁRIO. CONFUSÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA REMIÇÃO DE PENA. RECURSO DESPROVIDO. Sabe-se que o dever de fiscalizar a prestação de serviços externos, por parte dos apenados, é do estado, todavia, na ausência deste, cabe ao empregador exercer referida fiscalização imediata. Porém, como no presente caso, empregado e empregador se confundem, haja vista que o agravante é proprietário da empresa na qual alegou ter prestado serviços, torna-se impossível a fiscalização efetiva e, consequentemente, não há como se conceder o benefício da remição. Conclusão: parecer pelo conhecimento e não provimento do agravo em execução."* (TJMS; AG-ExPen 0005483-90.2013.8.12.0019; Ponta Porã; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 07/01/2014)

> *"AGRAVO EM PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. RECURSO MINISTERIAL. TRABALHO EXTERNO A SER DESENVOLVIDO NA EMPRESA PERTENCENTE AO PRÓPRIO APENADO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DIRETA DURANTE A JORNADA DE TRABALHO. O trabalho externo se constitui um benefício concedido ao apenado, na medida em que, a par de instrumento de recuperação social, possibilita a remição de parte da sanção imposta pelo estado à razão de três dias de labor por um de pena imposta. Desse modo, considerada a natureza de que se reveste, imperiosa é a fiscalização efetiva e idônea quanto à regularidade na relação laboral, competindo ao empregador o dever de comunicar à administração do estabelecimento prisional eventual intercorrência no curso do benefício. Tal dever, no entanto, não se pode presumir seja levado rigorosamente a efeito quando o beneficiário do trabalho externo e a pessoa do empregador se confundem. Provido o recurso ministerial a fim de desconstituir a decisão pela qual foi autorizado o exercício do trabalho externo em empresa pertencente ao próprio apenado."* (TJRS; AG 370237-93.2011.8.21.7000; Iraí; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel; Julg. 03/11/2011; DJERS 08/11/2011)

Desse modo, deve ser mantida a decisão do magistrado de primeiro que negou a concessão da remição ao reeducando.

Comutação

O agravante requer que sua pena seja comutada, nos termos do Decreto nº 8.615/2015.

O juízo singular indeferiu o pedido de comutação sob os seguintes fundamentos:

"Com efeito, o reeducando não faz jus ao benefício da comutação da pena porque condenado pela prática dos crimes de tráfico ilícito de drogas e de associação para o tráfico, previstos nos artigos 12 e 14, ambos da Lei nº 6.368/1976, atualmente previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 (princípio da continuidade normativa).

(...)

A par da aplicação do princípio da continuidade normativa típica, há outras razões para o indeferimento do pedido.

No tocante ao crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, a alegação de que é possível a concessão do benefício pelo simples fato de que o reeducando não foi condenado com base na lei federal mencionada no Decreto Presidencial n.º 8.615/2015, ou seja, a Lei n.º 11.343/2006, é, no mínimo, totalmente impertinente e manifestamente ilegal.

Ora, de fato, o crime foi cometido em 13.7.2000, sob a égide, portanto, da Lei n.º 6.368/1976.

Sucede que o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, que foi promulgada em 5.10.1988, estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime insuscetível de graça. Nesse ponto, vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal "é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional" (HC 115099, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19/02/2013, Processo Eletrônico DJe-049 Divulg 13-03-2013 Public 14-03-2013).

Não bastasse isso, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime equiparado a hediondo, por força do artigo 2º da Lei n.º 8.072/1990. E no inciso I do aludido dispositivo, tem-se a vedação de graça e indulto aos condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Finalmente, quanto ao crime de associação para o tráfico, conquanto seja crime comum, ele não é suscetível de indulto ou comutação. Em outras palavras, o crime de associação para o tráfico, apesar de não ser crime hediondo, constitui delito impeditivo. Isso porque há expressa vedação à concessão do benefício no inciso II do artigo 9º do Decreto Presidencial n.º 8.615/2015 (os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e do §1º do art. 33, e dos arts. 34 a 37 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006).

E isso se ocorre, não em razão da vedação no caput do artigo 44 da Lei n.º 11.343/2006, mas, sobretudo, por se tratar de opção de política criminal da Presidência da República.

Como cediço, a comutação prevista no Decreto Presidencial n.º 8.380/2014 é espécie de indulto coletivo parcial. Por sua vez, o indulto é ato de soberania estatal, conferido privativamente ao Presidente da República. Desse modo, "é vedado ao Poder Judiciário usurpar a atribuição exclusiva do Presidente da República, criando critérios e contemplando situações distintas das preconizadas pelo indulto presidencial" (TRF da 4ª R., RT 824/714).

Ora, o Decreto Presidencial n.º 8.615/2015 exclui, por si só, a possibilidade de concessão da comutação aos condenados por crime de associação para o tráfico ilícito de droga, sobretudo, porque o faz expressamente, mesmo não sendo tal delito equiparado a hediondo."

O agravante foi condenado à pena de quatro anos e um mês de reclusão no regime fechado pela prática do crime descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76 e três anos de reclusão pelo delito do art. 14 da Lei n. 6.368/76.

O Decreto nº 8.615/2015 dispõe:

> *"Art. 9º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas:*
>
> *I - por crime de tortura ou terrorismo;*
>
> *II - por crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e do § 1º do art. 33 e dos art. 34 a art. 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;*
>
> *III - por crime hediondo praticado após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, e da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas as suas alterações posteriores;".*

Pelo princípio da continuidade normativa típica, tem-se que os crimes pelos quais o agravante foi condenado (tráfico e associação para o tráfico) descritos nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, com o advento da Lei nº 11.343/06 tais condutas passaram a integrar os dispositivos legais previstos nos artigos 33 e 35 da nova lei.

Não houve *abolitio criminis* mas tão somente a mudança para outra legislação, de modo que resta claro que os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, seja da Lei n° 6.368/76 ou da Lei n° 11.343/06, não são suscetíveis de comutação. O fato de o Decreto citar apenas a Lei nº 11.343/06 não afasta a incidência aos condenados pelos mesmos delitos só que sob a égide da Lei nº 6.368/76.

Além disso, o Decreto n° 8.615/2015 é claro ao dispor que não se aplicam suas *benesses* a crimes hediondos, sendo o delito de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo.

O crime foi cometido em 13.07.2000, portanto, após a publicação da Lei nº 8.072/90, que equipara o tráfico de drogas a hediondo (art. 2º). Incabível, assim, o reconhecimento da comutação de pena ao agravante.

Como bem ressaltou o juízo de primeiro grau:

> *"Sucede que o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, que foi promulgada em 5.10.1988, estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime insuscetível de graça. Nesse ponto, vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal "é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional"* (HC 115099, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19/02/2013, Processo Eletrônico DJe-049 Divulg 13-03-2013 Public 14-03-2013)." fl. 39.

A respeito destaco precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO N. 8.380/14. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da primeira*

turma do Supremo Tribunal Federal, esta corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Porém, ressalva a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. Nos termos do posicionamento firmado por esta corte, não pode ser concedido o benefício da comutação de penas às pessoas que praticarem delitos hediondos, principalmente na hipótese dos autos, em que o art. 9, II, do Decreto n. 8.380/14 veda expressamente o alcance daquela norma aos condenados por tais delitos, cuja infração penal tenha ocorrido após "a publicação das Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990; nº 8.930, de 6 de setembro de 1994; nº 9.695, de 20 de agosto de 1998; nº 11.464, de 28 de março de 2007; e, observadas, ainda, as alterações posteriores ". Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido". (STJ; HC 342.227; Proc. 2015/0299498-2; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 10/05/2016)

"(...) III. A comutação da pena. Espécie de indulto parcial. Também é vedada pelo art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90, aos condenados por crime hediondo ou a ele equiparado, entre os quais se insere o delito de tráfico de entorpecentes, mesmo quando cometido em sua forma privilegiada. Precedentes do STJ. lV. A incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não afasta a natureza hedionda do delito. Orientação confirmada, no julgamento do RESP 1.329.088/RS, de relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, em 13/03/2013, sob o regime dos recursos representativos de controvérsia, que obsta o deferimento dos benefícios de indulto e de comutação da pena. Espécie de indulto parcial, por expressa vedação dos arts. 5º, XLIII, da Constituição Federal e 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. Precedentes do STJ. V. Agravo regimental improvido." (STJ; AgRg-HC 167.197; Proc. 2010/0055820-0; MS; Sexta Turma; Relª Minª Assusete Magalhães; DJE 04/08/2014)

No tocante ao delito de associação ao tráfico (art. 14 da Lei 6.368/76) atualmente descrito no art. 35 da Lei nº 11.343/06, pelas razões já expostas, apesar se tratar de crime comum, igualmente não é cabível a comutação de pena por expressa vedação disposta no inciso II do art. 9º do Decreto Presidencial nº 8.615/2015.

Destarte, os requisitos para concessão de indulto e comutação de pena são atribuições da Presidência da República (art. 84, XII, da CF), de modo que por opções de política criminal, atuando com fulcro no poder discricionário optou-se por excluir a concessão da comutação aos condenados por crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico.

Nessa trilha:

"(...) 2. Não se vislumbra manifesta ilegalidade, no caso, a ensejar a extraordinária cognição do writ. Há expressa vedação legal à concessão de comutação de pena aos condenados pelo delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006).

3. Writ não conhecido." (STJ; HC 302.899; Proc. 2014/0219578-4; RS; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 17/12/2014)

"(...). Apenado que foi condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Impossibilidade da concessão do benefício na forma dos artigos 8º 9º, do Decreto federal. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR; RecAgrav 1514718-7; Maringá; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Clayton Camargo; Julg. 05/05/2016; DJPR 18/05/2016)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/2006. COMUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO

EXPRESSA. RECURSO NÃO PROVIDO. Há expressa vedação legal à concessão de comutação de pena aos condenados pelo delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/2006). Recurso não provido." (TJMS; AG-ExPen 0005999-62.2016.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 02/05/2016)

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 02 de junho de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000251-24.2008.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECURSO MINISTERIAL – ALMEJADA A REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE ELEMENTOS SEGUROS À COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA – DESNECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA ACERCA DA IMPROPRIEDADE AO CONSUMO DA MERCADORIA APREENDIDA – HIPÓTESE DO ART. 18, PAR. 6º, INC. II, ÚLTIMA PARTE, DO CDC – CONDENAÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO COM RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA.

No caso dos autos, a conduta ilícita retratada na denúncia refere-se exposição à venda e de depósito para venda de produtos cárneos que se encontravam em desacordo com as normas regulamentares de fabricação e distribuição, já que provinha de abate clandestino, não sendo acompanhada de comprovação da origem ou de adequação às normas sanitárias. Ouvidos em juízo, os fiscais que realizaram a apreensão confirmaram que os réus não apresentaram a documentação necessária à demonstração da regularidade sanitária e em condições inadequadas, estando as mercadorias completamente impróprias ao consumo. Apesar dos produtos não terem sido submetidos a exame pericial, na presente hipótese (art. 18, par. 6º, inc. II, última parte, do Código de Defesa do Consumidor) a condição imprópria ao consumo é presumida pelo tipo penal, tratando-se, a toda evidência, de crime de perigo abstrato. Assim, de rigor a reforma da sentença absolutória a fim de que os acusados sejam condenados como incursos nas sanções do art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90.

Constatando-se que o prazo prescricional apurado com base na pena concretamente aplicada fluiu entre a data do recebimento da denúncia e os dias atuais (pois a sentença absolutória não interrompe o prazo prescricional), impositiva torna-se a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

Recurso provido com reconhecimento *ex officio* da prescrição.

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, com o parecer, dar provimento ao recurso e reconheceram, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva dos acusados.

Campo Grande, 28 de abril de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Bela Vista, que julgou improcedente a pretensão punitiva e, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, absolveu os apelados da imputação formulada na denúncia.

Nas razões, o representante do *parquet* aduz que a conduta praticada pelos recorridos enquadra-se perfeitamente "*ao tipo do inciso IX do art. 7.º, da Lei n.º 8.137/80, que trata de crime formal, bastando, para sua concretização, tão-somente que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor*", e que, "*cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para o consumo*". Assim, pugna pela reforma da sentença monocrática a fim de que os recorridos sejam condenados na forma da denúncia (fls. 212-223).

As contrarrazões defensivas foram lançadas no sentido de improver o recurso ministerial (fls. 225-234 e 252-259).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo integral provimento do apelo (fls. 239-242).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Narra a inicial acusatória que (fls. 02-05):

> *"(...) no dia 07.11.2007, fiscais de Vigilância Sanitária e Iagro, lograram êxito em encontrar, no período matutino, no estabelecimento comercial denominado 'Supermercado São Miguel', localizado na rua Barão do Ladário, s/n, em Bela Vista, de propriedade do denunciado Ari Serena, 1.066 kg de produtos cárneos, e no estabelecimento comercial denominado 'Agroapa Agropecuária Ltda', localizado na Rua Barão do Ladário, 647, em Bela Vista, de propriedade do denunciado Edvaldo da Silva Pereira, 242.511 kg de produtos cárneos, bem como no período vespertino encontraram, no estabelecimento comercial denominado 'Açougue Arco-Íris', localizado na rua Teodoro Sativa, n 33, em Bela Vista, de propriedade da denunciada Miriam Riquelme, 94.685 kg de produtos cárneos, e no estabelecimento comercial denominado 'Mercado e Açougue Santa Maria', localizado na Rua Barão do Ladário, n. 2063, em Bela Vista, de propriedade do denunciado Aldoino Serena, 115.900 kg de produtos cárneos, expostos à venda e armazenados, em condições impróprias para o consumo, conforme se infere dos autos de apreensão de f. 07, 09, 11 e 13 e laudos de vistoria de fl. 08, 10, 12 e 14.*
>
> *Restou apurado que em inspeção, conjunta, realizada pela Vigilância Sanitária Municipal e Iagro, junto aos estabelecimentos de comercialização de carnes da cidade de Bela Vista, logrou-se êxito em encontrar nos estabelecimentos comerciais de propriedade dos denunciados, quantidade considerável de carne, exposta à venda e armazenada, sem comprovação de origem.*
>
> *Segundo se infere, os profissionais constataram que as carnes ali encontradas eram visivelmente oriundas do abate clandestino, uma vez que nenhum dos denunciados comprovaram a origem da carne, além de não apresentarem qualquer nota fiscal ou documentos de que as mesmas foram inspecionadas pelo órgão competente e estarem fora das especificações de conservação.*
>
> *Assim, diante da comprovação de que a carne não houvera sido previamente inspecionada, conforme exigência feita pela legislação que rege a matéria, a mercadoria apreendida no estabelecimento dos denunciados encontravam-se sem condições de ser consumida, consistindo, portanto, em crime contra as relações de consumo (...)".*

Efetuada a citação, o feito foi regularmente processado, sendo a instrução realizada com o posterior oferecimento das alegações finais pelas partes, culminando na prolação da sentença de mérito pelo Juízo da 1ª Vara de Bela Vista, que julgou improcedente a pretensão punitiva e, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, absolveu os apelados da imputação formulada na denúncia, nos seguintes termos:

"(...) O desate inarredável da presente demanda é o absolutório.

Ocorre que o tipo penal imputado aos denunciados prescreve que a venda ou exposição deve tratar de 'mercadoria imprópria ao consumo' (segundo a dicção do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90), não se podendo estabelecer presunção de sua impropriedade pela simples 'ausência de inspeção', tema que possui sanção específica na seara administrativa.

Nesse aspecto, veja-se que o Direito Penal rege-se por princípios como a ofensividade, segundo o qual 'não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado'.

Por corolário dessa compreensão, tenho que se afiguraria imprescindível a realização de laudo pericial que atestasse a efetiva impropriedade da mercadoria apreendida, o qual se apresenta, nesse estágio, fisicamente inviável.

A respeito da matéria já se manifestou nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL E CRIME CONTRA O CONSUMIDOR - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - MANTER EM DEPÓSITO PRODUTO IMPRÓPRIO OU NOCIVO AO SER HUMANO - AUSÊNCIA DE LAUDO - FIGURA ATÍPICA - FEITO ARQUIVADO (Processo: 2011.003249-6 - Julgamento: 19/04/2011 Órgão Julgador: Seção Criminal Classe: Inquérito - Relator: Desª Marilza Lúcia Fortes - Publicação: 28/04/2011 - Nº Diário: 2410).

No mesmo passo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 90779, conforme colacionado pelas Defesas Técnicas.

Diante desse cenário, considerando-se que inexiste nos autos informação quanto à eventual impossibilidade de aferição da qualidade da mercadoria apreendida ao tempo da apreensão (o que poderia justificar a ausência de laudo ou sua realização de modo indireto), revela-se inarredável o desate absolutório em razão da ausência de elementos probatórios.

Posto isso, julgo improcedente a denúncia e, por conseguinte, fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolvo os acusados Aldoino Serena, Ary Serena, Edvaldo da Silva Pereira e Mirian Riquelme, qualificados nos autos, da imputação que lhes foram feita pela Justiça Pública. (...)."

Irresignado, o representante do *parquet* apela a esta Corte.

Nas razões, aduz que a conduta praticada pelos recorridos enquadra-se perfeitamente "*ao tipo do inciso IX do art. 7.º, da Lei n.º 8.137/80, que trata de crime formal, bastando, para sua concretização, tão-somente que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor*", e que, "*cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para o consumo*". Assim, pugna pela reforma da sentença monocrática a fim de que os recorridos sejam condenados na forma da denúncia.

As contrarrazões defensivas pugnam pelo improvimento do apelo, ao passo que o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça veicula manifestação no sentido de acolher a irresignação recursal.

Passo ao exame do recurso.

O tipo penal é assim redigido:

> *"Art. 7º - Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...)*
>
> *IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;*
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa."*

A norma proibitiva não fornece o alcance da elementar normativa *"impróprias ao consumo"*, sendo, pois, complementada pelo disposto no art. 18, par. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> *"Art. 18 - (omissis)*
>
> *Parágrafo 6º - São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *I - os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos;*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;*
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam."*

Portanto, na forma do inciso I (prazo de validade vencido) e parte final do inciso II (mercadorias em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação), a impropriedade ao consumo é presumido pelo desrespeito a determinadas normas, tornando-se, pois, prescindível a perícia técnica, até porque, nessas hipóteses, o crime é de perigo abstrato.

Em casos similares, colho da jurisprudência o mesmo entendimento:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. Crime contra as relações de consumo (art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 18, § 6º, II, segunda parte, da Lei n. 8.078/1990). Sentença condenatória. Irresignação defensiva. Alegação de que os produtos não estavam expostos à venda. Fiscais da vigilância sanitária e auto de infração que denotam que havia ovos e carne em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. Testemunhas de defesa. Relação trabalhista. Depoimentos que devem ser sopesados com reserva. Exposição à venda configurada. Crime de perigo abstrato. Perícia inexigível. Pleito pela alteração da pena restritiva de direito. Doença cardíaca que não impede a prestação de serviços à comunidade. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido."* (TJSC; ACR 2014.008629-2; Criciúma; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann; Julg. 20/06/2014; DJSC 04/07/2014; Pág. 412)
>
> *"PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS PELAS PROVAS. CRIMES FORMAIS. CARNE DE EQUINO. IRREGULARIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA IMPROPRIEDADE*

> *DA CARNE APREENDIDA PARA CONSUMO. PERÍCIA PRESCINDÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. VEDAÇÃO QUANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO SÃO FAVORÁVEIS AO APENADO E JÁ SE DERA A SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS EM RELAÇÃO AOS DEMAIS. PENAS JUSTAS E SUFICIENTES À REEDUCAÇÃO DOS APENADOS. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS TERMOS. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I. Comprovada a materialidade do delito pelo Termo de Apreensão da vigilância sanitária, o qual atesta que o produto é carne de equino, sem selo daquele Órgão e oriunda de matadouro clandestino, e sendo formal o crime tipificado no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, desnecessária a demonstração da impropriedade do produto para consumo, quando comprovada a sua irregularidade. (Precedentes so STJ). II. Estando a autoria dos réus, inclusive o dolo de suas condutas, e a existência do crime sobejamente desmonstradas pelas provas dos autos, não há que se falar em absolvição ou redução de pena, decorrente de modalidade culposa. III. Demonstra-se justa e suficiente à reeducação dos acusados a pena imposta, especialmente na medida em que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante Ivanildo Minervino Costa, a desautorizar a sua substituição por pena de multa, e, quanto aos demais a pena privativa de liberdade já foi regularmente substituída por restritiva de direitos, devendo ser mantida intocada em todos os seus termos. lV -Recurso não provido. Decisão uníssona."* (TJPE; APL 0196609-6; Recife; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio; Julg. 16/06/2010; DJEPE 01/07/2010).

Pois bem.

No caso dos autos, o d. julgador monocrático absolveu os acusados por considerar que o delito em apreço é de perigo concreto, ou seja, exigiria a aferição da qualidade da mercadoria apreendida mediante perícia a fim de constatar se estavam em condições impróprias ao consumo.

Ocorre que a conduta ilícita retratada na denúncia refere-se a ter em depósito para vender e expor à venda de mercadoria (produtos alimentícios de origem animal) que se encontravam em desacordo com as normas regulamentares de fabricação e distribuição, já que provinha de abate clandestino e não era acompanhada de comprovação da origem ou de adequação às normas sanitárias.

De fato, os termos de apreensão lavrados pelos agentes do Departamento de Vigilância Sanitária do Município de Bela Vista - MS e do Iagro confirmam que nos estabelecimentos comerciais dos apelados (Supermercado São Miguel, Agroapa Agropecuária, Açougue Arco-Íris e Açougue Santa Maria) haviam ao todo 1.519,096 (um mil, quinhentos e dezenove quilos e noventa e seis gramas) kg de produtos cárneos expostos à venda ou armazenados para tal fim, os quais não possuíam comprovação de origem ou de adequação sanitária (p. 12, 18, 14 e 16).

Os laudos de vistoria corroboram tal constatação (p. 13, 19, 15, e 17), pois destacam que:

> *"Não foi cumprido o processo necessário para assegurar a higidez dos alimentos, que vai desde a saída do animal da propriedade, com a emissão da GTA (Guia de Transito Animal) que discorre o histórico sanitário dos animais (vacinações, exames, identificações, etc.) posteriormente com a chegada dos animais no frigorífico, onde é feita o jejum de no mínimo 06 (seis) horas, se a viagem não for superior a 02 (duas) horas, para assegurar uma melhor qualidade da carne, simultaneamente é feita a inspeção ante morte pelo Veterinário Inspetor no qual é verificada a saúde dos animais onde pode ser observadas doenças, como raiva, ectoparasitoses, onfaloflebites, animais com tumores, etc.", bem como que "é feita a inspeção post morten no qual visa observar todo o processo como inspeção das carcaças, cabeça, viceras onde podem ser detectadas doenças transmissíveis ao homem (zoonozes) como cisticercose, brucelose, tuberculose etc".*

Nesse prospecto, tenho como presente a materialidade delitiva.

Vale enfatizar que muito embora toda a mercadoria realmente não tenha sido submetida à exame pericial com o próposito de aferir as condições para o consumo, tal circunstância (impropriedade ao consumo) é presumida pelo tipo penal, porquanto trata-se de crime de perigo abstrato e, desse modo, prescindível torna-se a confecção de laudo pericial.

A autoria, do mesmo modo, ressai indiscutível dos autos.

A fiscal Deusa Maria dos Santos Costa, em juízo, disse que:

> *"(...) esteve em todos os estabelecimentos comerciais mencionados na denúncia" e que "na qualidade de fiscal da vigilância sanitária, pode dizer que os produtos apreendidos foram certificados como impróprios ao consumo por não serem provenientes de notas fiscais e de certificado de frigorifico como aptos a serem comercializados" (fls. 133).*

Da mesma forma, o fiscal Henrique Flávio Escobar referiu em seu depoimento judicial que "*a carne apreendida estava sem origem e por este motivo, não poderia estar à venda*", assim como que "*procuraram pelas notas fiscais das carnes apreendidas, podendo dizer que nenhum deles possuía referidas notas*" (fls. 134).

Não destoa o testemunho do fiscal Ivan Garcia de Freitas, pois asseverou que "*toda a carne bovina apreendida apresentava sinais evidentes e inequívocos de que se tratavam de abate clandestino, ou seja, ausência de carimbo oficial de inspeção, coração em estado íntegro, sem cortes, sujidades, além dos locais apresentarem total falta de condições higiênico-sanitárias exigidas por lei*" (fls. 155).

Os próprios apelados, em um só tom, confirmaram em seus interrogatórios serem verdadeiros os fatos vertidos na exordial acusatória, mencionando que na época dos acontecimentos a localidade não dispunha de abatedouro municipal ou frigorífico, dificultando o acesso a produtos cárneos produzidos em conformidade com as regras sanitárias (fls. 138, 139, 140 e 141).

Malgrado tenham sustentado que se tratavam de produtos destinados ao consumo próprio ou de funcionários, não lograram trazer aos autos provas suficientemente aptas a confirmar tal versão, ônus que lhes incumbia, por força do art. 156 do Código de Processo Penal.

Ao revés, depreende-se dos relatos prestados pelos fiscais da vigilância sanitária e do Iagro que a mercadoria era mantida em depósito e exposta à venda. Deveras, pois foram apreendidas em estabelecimentos destinados a esse fim, não sendo minimamente crível que estivessem ali estocadas com propósito outro que não seja sua comercialização, sobretudo porque foram apreendidas em quantidades incompatíveis com o consumo próprio.

Nessa linha, não há dúvidas de que agiram com o dolo exigido pelo tipo penal.

Em arremate, impende ressaltar ser inviável o acolhimento à tese de inexigibilidade de conduta diversa formulado pela Defesa dos apelados Ari Serena e Aldoino Serena, segundo a qual "*não poderia toda uma cidade ficar sem consumo de carne, só porque não existe matadouro na cidade*".

Ora, o fato do município ser desprovido de frigorífico ou abatedouro não autoriza que os comerciantes possam vender produtos de origem animal oriundos de abate realizado em desconformidade com a legislação sanitária, ou seja, não lhes permite lançar mão de um comportamento contrário aos ditames legais apenas para que possam exercer uma atividade comercial.

O reconhecimento da aludida causa supralegal de exclusão da culpabilidade demanda a comprovação da absoluta e extrema necessidade de o agente atuar em desconformidade com a legislação penal, o que nem de longe se observa na hipótese vertente.

Aliás, o próprio apelado Ari Serena confirma que a cidade era abastecida por carne bovina proveniente de abate realizado em conformidade com a legislação, pois em seu interrogatório narrou que "*os frigoríficos vinham aproximadamente de 01 a 02 vezes por semana*" (fls. 140).

Dito de outra forma, ainda que estivem agindo com propósito altruístico de buscar sanar a carência dos munícipes de Bela Vista quanto ao acesso a produtos cárneos, poderiam os apelados buscar o fornecimento junto a frigoríficos de outras localidades, porquanto eram cientes de que tais estabelecimentos poderiam atendê-los localmente, ainda que sem a agilidade que almejavam.

Nesse prospecto, as circunstâncias apuradas nos caso não justificam a conduta, somente restando afastar a excludente aventada pela defesa.

Logo, criteriosamente analisados os elementos reunidos aos autos, impõe-se concluir que o feito é provido de provas suficientes para a comprovação da materialidade e também da autoria delitiva, razão pela qual a pretensão punitiva formulada pelo Ministério Público Estadual deve ser acolhida a fim de que os apelados Aldoino Serena, Ari Serena, Edvaldo da Silva Pereira e Mirian Riquelme sejam condenados como incursos nas sanções do art. 7º, inc. IX, da Lei n.º 8.137/80.

Passo à dosimetria das penas.

A culpabilidade dos apelados não excede a normalidade; quanto aos antecedentes, nada há que possam torná-los desfavoráveis; quanto à conduta social e personalidade, não foram colhidos elementos hábeis à eventual valoração negativa; os motivos do crime são os normais à tipificação penal; as circunstâncias do crime não operam em demérito; as consequências do crime não desbordam da ordinária, porquanto limitada pelo aspecto do perigo abstrato; o comportamento da vítima em nada influenciou na prática do delito, já que é a coletividade.

Posto isso, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base para cada um dos apelados em 02 (dois) anos de detenção.

Muito embora presente a atenuante da confissão espontânea, não poderá aproveitar aos apelados, haja vista que na etapa anterior a reprimenda já restou fixada no patamar mínimo cominado ao tipo legal (enunciado 231 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça).

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição a serem sopesadas, fixo definitivamente a reprimenda de cada um dos apelados em 02 (dois) anos de detenção.

Registro, outrossim, que a aplicação isolada da pena de multa desponta insuficiente para a prevenção e reprovação da conduta, haja vista que todos os recorridos confirmaram que o costume entre eles era o comercializar produtos cárneos oriundos de abate clandestino.

O regime, para todos, é o inicial aberto, *ex vi* do art. 33, par. 2º, *c*, do Código Penal.

Atendidos os requisitos legais, substituo a pena privativa de liberdade aplicada a cada um dos apelados por 02 restritivas de direitos, consistentes 1) na prestação de serviços gratuitos e 2) na prestação pecuniária de 01 salário mínimo, ambos à entidade a ser definida pelo juízo da execução.

Nada obstante o pronunciamento acima, a pretensão punitiva encontra-se fulminada pela prescrição na forma retroativa.

Vejamos.

Consoante consignado neste voto, os apelados restaram condenados à pena privativa de liberdade de 02 anos de detenção. Sendo assim, o prazo prescricional corresponde à 04 anos, nos exatos termos do art. 109, inc. V, do Código Penal.

Os fatos deram-se em 07.11.07 e o recebimento da denúncia ocorreu em 22.09.10 (p. 91), inexistindo nos autos eventual decretação da suspensão do prazo prescricional.

Resta, pois, evidente que entre o recebimento da denúncia e os dias atuais houve o transcurso de mais de 04 anos, tornando imperativa a declaração da extinção da punibilidade ante a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, eis que o prazo prescricional aferido com base na pena concreta corresponde (art. 109, inc. V, do Código Penal) fluiu *in albis*.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da vexata quaestio se confundir com o tema debatido.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial a fim de:

a) condenar Aldoino Serena, Ari Serena, Edvaldo da Silva Pereira e Mirian Riquelme como incursos nas sanções do art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, infligindo, a cada um deles, a pena de 02 anos de detenção em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito (prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária, nos termos acima), porém;

b) de ofício, julgo extinta a punibilidade dos condenados em razão da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, porquanto o prazo prescricional aferido com base na pena concretamente aplicada (04 anos) fluiu integralmente a partir da data do recebimento da denúncia.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso e reconheceram, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva dos acusados.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Dorival Moreira dos Santos e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 28 de abril de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000410-13.2014.8.12.0049 - Água Clara
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DOIS RECORRENTES – APELANTE SILAS CASTRO CONDENADO COMO INCURSO NO ARTIGO 121, § 2º, INCISO I E IV, DO CP – APELANTE ELIAS FERREIRA CONDENADO COMO INCURSO NOS ARTIGOS 121, § 2º, INCISO I E IV, DO CP E 224-B DO ECA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA SUSCITADA PELA DEFESA – QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO – ALUSÃO AOS REFERIDOS DOCUMENTOS EM PLENÁRIO – EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS A RESPEITO DA REFERIDA MEDIDA CAUTELAR – CONHECIMENTO DA DEFESA SOBRE O CONTEÚDO DAS PROVAS – PREFACIAL AFASTADA – MÉRITO – PEDIDO DE REDUÇÃO DAS PENAS-BASE – EXCLUSÃO DAS MODULADORAS DA CULPABILIDADE, DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE – MANTIDA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DE HOMICÍDIO – CONSIDERAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS DO CRIME DE HOMICÍDIO COMO AGRAVANTE – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há ofensa ao princípio da dialeticidade quando, apesar de sucinta, a argumentação recursal permite ao órgão ministerial bem analisar o pedido, inexistindo embaraço ao contraditório. Preliminar rejeitada.

Incabível falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão da utilização de documentos relativos à quebra de sigilo telefônico em audiência, porquanto a medida cautelar foi apensada aos autos da ação penal originária (a qual foi posteriormente desmembrada em razão da ausência dos recorrentes na sessão de julgamento), e foram trasladadas cópias de páginas do procedimento de quebra do sigilo telefônico à presente ação penal, não havendo, portanto, falar em desconhecimento da defesa a respeito do conteúdo da referida prova, a qual, inclusive, já havia sido mencionada em várias partes do processo. Ademais, a defesa impugnou os referidos documentos apenas na fase de tréplica, inovando a tese defensiva, o que é vedado, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Prefacial rejeitada, ante a inexistência de ofensa ao princípio da plenitude da defesa.

Constatando-se que o apelante Elias possui uma única condenação penal anterior transitada em julgado, a qual foi utilizada para o reconhecimento da agravante genérica da reincidência, impõe-se a exclusão da valoração dos antecedentes criminais.

A afirmação genérica e abstrata de que os recorrentes possuem personalidade voltada à prática de infrações penais não é capaz de demonstrar o perfil psicológico ou eventual índole moral maculada apta a ensejar a exasperação da pena-base, além de constituir ofensa à Súmula 444 do STJ.

A valoração negativa da moduladora das circunstâncias do delito de homicídio deve ser mantida em desfavor dos recorrentes, haja vista que o *modus operandi* adotado na empreitada

criminosa realmente ultrapassa a tipicidade e merece maior reprovação, especialmente pelo fato de terem efetuado seis disparos de arma de fogo em face da vítima e depois mais três golpes de faca, quando esta já estava caída ao solo.

A moduladora da culpabilidade, valorada em desfavor do apelante Elias no tocante ao crime de corrupção de menores, também deve ser expurgada, pois o sentenciante fez mera alusão à gravidade do crime de homicídio, o qual já foi reprimido pela incidência do tipo penal específico.

Destarte, mantém-se as penas-base dos apelantes, em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado, um pouco acima do mínimo legal, ante a permanência das circunstâncias do crime como desfavoráveis. Por outro lado, reduz-se a pena-base do apelante Elias Ferreira, em relação ao crime de corrupção de menores, ao patamar mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias negativas.

A jurisprudência do e. STJ é assente no sentido de que "*havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual*" (STJ: HC 290.261/SP; Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª Turma, Julgado em 10/12/2015).

Preliminares de não conhecimento do recurso suscitada pelo *Parquet* e de nulidade por ofensa ao princípio da plenitude da defesa aventada pela Defesa rejeitadas. Quanto ao mérito, recurso parcialmente provido, apenas para reduzir as pena-base dos apelantes, em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado, e reduzir a pena-base de Elias Ferreira, no tocante ao delito de corrupção de menores, ao patamar mínimo.

Do recurso de Leandro Serafim

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ARTIGO 121, § 2º, INCISO I E IV, DO CP – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA – ACOLHIDO – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE – REDUÇÃO DA PENA-BASE *EX OFFICIO* EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO E, *EX OFFICIO*, REALIZADA A REDUÇÃO DA PENA-BASE.

Se, na data da prática criminosa, o réu possuía idade inferior a 21 (vinte e um) anos, e estando tal condição comprovada nos autos, impõe-se o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, a qual deve prevalecer sobre a agravante reconhecida na sentença, por tratar-se de circunstância preponderante.

Constatando-se que a pena-base do apelante foi aplicada de modo severo, e que, em razão da mesma circunstância judicial negativa, as penas dos demais apelantes foram fixadas em patamar inferior, em atenção aos princípios da isonomia e da proporcionalidade da pena, impõe-se a redução da reprimenda do recorrente.

Recurso provido, para reconhecer a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal e, *ex officio*, operar a redução da pena-base.

Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Silas Castro de Melo e Elias Ferreira Melo a fim de reduzir a pena base em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado estendendo os efeitos ao corréu Leandro Serafim Natal.

Campo Grande, 7 de abril de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Leandro Serafim Natal, Silas Castro de Melo e Elias Ferreira de Melo, em face da sentença proferida pelo juiz da Vara Única da Comarca de Água Clara (p. 1613/1621), que, acolhendo a decisão proferida pelo júri popular, condenou os apelantes Leandro e Silas como incursos no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, impondo ao primeiro a pena de 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao segundo a pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, ambas em regime inicial fechado, e condenou Elias Ferreira como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, e artigo 244-B do ECA, c/c. artigo 69 do Código Penal, à pena total de 25 (vinte e cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Em suas razões recursais (p. 1681/1684), o apelante Leandro postula o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, sob o argumento de que, na data dos fatos, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade.

Já a defesa dos apelantes Silas e Elias sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgamento por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude da defesa, sob o argumento de que as captações de interceptações telefônicas extraídas de outro processo não foram disponibilizadas para ciência da Defesa e tampouco estavam disponíveis em Plenário para consulta de todos os presentes. Quanto ao mérito, alega que as penas dos apelantes foram majoradas de modo desproporcional, razão de postular pela redução destas. Ao final, prequestiona os artigos 59, 68, 121, § 2º, incisos I e IV, todos do Código Penal, artigo 244-B do ECA e, ainda, o artigo 5º, inciso XXXVIII, *a*, da Constituição Federal.

Em contrarrazões recursais (p.1706/1734), o d. representante do Ministério Público Estadual suscitou preliminar de não conhecimento do recurso de Silas Castro e Elias Ferreira, por inépcia recursal. Caso seja conhecido o recurso, requer a rejeição da preliminar defensiva de nulidade processual por ofensa ao princípio da plenitude da defesa e, no mérito, propugna por seu improvimento. Quanto ao recurso de Leandro Serafim, requer seja dado parcial provimento, a fim de que seja reconhecida atenuante da menoridade relativa, reconhecendo-se, contudo, a preponderância da agravante aplicada. Prequestiona o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e os artigos 59, 61, inciso I, 65, inciso I, 121, § 2º, incisos I e IV, todos do Código Penal.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento dos recursos e, quanto ao mérito, pelo provimento do apelo de Leandro Serafim, para que seja reconhecida a atenuante da menoridade relativa; e provimento parcial do apelo interposto por Elias Augusto e Silas Castro, para que seja afastada a circunstância prejudicial da personalidade.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de Elias Ferreira de Melo, Leandro Serafim Natal, Paulo Castro de Melo e Silas Castro de Melo, atribuindo-lhes a prática dos delitos tipificados no artigo 121, § 2°, incisos I e IV, do Código Penal c/c. artigo 244-B da Lei n. 8.069/90, em razão dos seguintes fatos noticiados na inicial acusatória (p. 01/04):

> *"(...) Restou apurado pelo procedimento investigatório em anexo, que no dia 02 de abril de 2010, por volta das 21h00m, na Rua Maria Elza da Silva, nos fundos do posto de saúde, Jardim Santos Dumont, os denunciados Leandro Serafim Natal, Paulo Castro de Melo, Elias Ferreira de Melo e Silas Castro de Melo, e os então adolescentes C.G.N. e J.A.B.M., cientes da ilicitude de suas condutas, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela união de esforços e pela divisão de tarefas, desferiram tiros e golpes de faca contra a vítima Luciano Alves, causando-lhe os ferimentos descritos no exame necroscópico de fls. 16, os quais foram a causa efetiva da morte da vítima.*
>
> *Apurou-se, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e de local já declinadas, os denunciados Leandro Serafim Natal, Paulo Castro de Melo, Elias Ferreira de Melo e Silas Castro de Melo cientes da ilicitude e da reprovabilidade de suas condutas, facilitaram a corrupção de C.G.N. e J.A.B.M, adolescentes, eis que nascidos, respectivamente em data de 27.12.1992 e em data de 02.11.1992, eis que com eles praticava a infração penal anteriormente descrita.*
>
> *Conforme investigação efetuada pela polícia civil, os denunciados, em conluio com terceiros não identificados, integram um grupo de pessoas que vem praticando inúmeros delitos nesta cidade de Água Clara/MS.*
>
> *Apurou-se que a vítima Luciano Alves era usuário de substância entorpecente e constantemente adquiria drogas do referido grupo. Apurou-se ainda que a vítima Luciano Alves contraiu uma dívida de drogas no valor de aproximadamente R$ 300,00 (trezentos reais), eis que começou a comprar droga "fiado".*
>
> *Como não conseguia pagar a dívida, o grupo passou a cobrar a vítima, até que em um determinado dia, resolveram matá-la.*
>
> *Conforme apurado, no dia e hora já informados, a vítima Luciano Alves estava caminhando pela Rua Maria Elza da Silva, em companhia de Luiz e de Ana Cláudia, quando foi abordada pelos denunciados Paulo, Elias e Leandro, os quais estavam na companhia dos menores C.G.N. e J.A.B.M.*
>
> *Nesta abordagem, cercaram a vítima e começaram a cobrar, mediante ameaças de morte, a referida dívida de drogas. Em determinado instante, o grupo manteve contato telefônico com o denunciado Silas que se encontrava na cidade de Ribas do Rio Pardo/MS.*
>
> *Então, ciente de que os demais denunciados mantinham Luciano completamente dominado, Silas, por telefone, determinou que matassem Luciano. Ato contínuo, o denunciado Paulo sacou de um revólver de cor preta e efetuou vários disparos contra a vítima Luciano Alves, atingindo-lhe, ainda, com golpes de faca.*
>
> *Enquanto os disparos eram efetuados, os demais denunciados contavam a Silas todos os detalhes da execução de Luciano.*
>
> *(...)*

O homicídio foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, eis que foi surpreendido pelo grupo em real vantagem numérica e armado. Também foi cometido por motivo torpe, eis que praticado em razão de dívida de drogas. (...)"

O feito foi desmembrado em relação ao réu Paulo Castro de Melo, tendo sido condenado, na ação penal de nº 0001625-63.2010.8.12.0049, como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao término da instrução processual, o d. magistrado da Vara Única da Comarca de Água Clara, acolhendo a decisão proferida pelo Júri Popular, condenou os apelantes Leandro e Silas como incursos no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, impondo ao primeiro a pena de 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e ao segundo a pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, ambas em regime inicial fechado, e condenou Elias Castro como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, e artigo 244-B do ECA, c/c. artigo 69 do Código Penal, à pena total de 25 (vinte e cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado (p. 1613/1621).

Inconformados, os sentenciados apelaram a esta Corte.

Em suas razões recursais (p. 1681/1684), o apelante Leandro postula o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, sob o argumento de que, na data dos fatos, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade.

Já a defesa dos apelantes Silas e Elias sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgamento por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude da defesa, sob o argumento de que as captações de interceptações telefônicas extraídas de outro processo não foram disponibilizadas para ciência da defesa e tampouco estavam disponíveis em Plenário para consulta de todos os presentes. Quanto ao mérito, alega que as penas dos apelantes foram majoradas de modo desproporcional, razão de postular pela redução destas. Ao final, prequestiona os artigos 59, 68, 121, § 2º, incisos I e IV, todos do Código Penal, artigo 244-B do ECA e, ainda, o artigo 5º, inciso XXXVIII, *a*, da Constituição Federal.

Passo, primeiramente, à análise das preliminares.

Da preliminar de não conhecimento do recurso interposto por Silas Castro e Elias Ferreira suscitada pelo Ministério Público Estadual.

O membro do órgão ministerial de primeiro grau suscita preliminar de não conhecimento da apelação interposta pela defesa de Silas Castro e Elias Ferreira, por inépcia recursal, sob o argumento de que não foram indicadas razões que poderiam culminar a modificação da sentença.

Afirma, em síntese, que a defesa não expôs corretamente as razões do seu inconformismo e, ainda, trouxe fundamentos equivocados sobre pontos da sentença que não apresentam interesse recursal, razão pela qual a apelação não deve ser conhecida.

A prefacial deve ser rejeitada.

É que, de uma análise das razões recursais apresentadas em favor dos apelantes Silas e Elias Ferreira, é possível observar que a defesa suscitou preliminar de nulidade processual, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob o argumento de que houve a "*utilização de provas pelo Ministério Público que não faziam parte dos autos do processo utilizado em Plenário do Tribunal do Júri*", e, quanto ao mérito, requereu a redução das penas aplicadas na sentença, por entender que foram majoradas "*de forma totalmente desproporcional e excessivas*".

Dessa forma, ainda que de modo sucinto, a defesa expôs o pedido e os fundamentos pelos quais requer a reforma da sentença, permitindo ao órgão ministerial bem analisar a pretensão, inexistindo embaraço ao contraditório.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO MEDIANTE DISPOSIÇÃO DE COISA ALHEIA COMO PRÓPRIA. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO PEDIDO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA A INSUFICIÊNCIA DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DAS TESTEMUNHAS E DA VÍTIMA. ELEMENTOS DE PROVA ROBUSTOS E SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Não há ofensa ao princípio da dialeticidade quando, apesar de sucinta, a argumentação recursal permitiu ao órgão ministerial contrarrazoar o pedido, inexistindo embaraço ao contraditório. Preliminar rejeitada. Não há falar em absolvição por falta de provas quando os relatos da vítima e das testemunhas se revelam harmônicos e suficientes para demonstrar a prática do crime de estelionato mediante disposição de coisa alheia como própria, mostrando-se a negativa de autoria completamente divorciada do conjunto probatório. Recurso desprovido."* (TJMT; APL 110473/2013; Juína; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Sakamoto; Julg. 26/03/2014; DJMT 31/03/2014; Pág. 83)

E, ainda:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS RECURSO DA DEFESA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – PENA-BASE – ADEQUADA E PROPORCIONAL AO CASO CONCRETO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTOS OS REQUISITOS LEGAIS – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – 30 KG DE MACONHA – RECURSO IMPROVIDO. Não há ofensa ao princípio da dialeticidade quando, apesar de sucinta, a argumentação recursal permitiu ao órgão ministerial contrarrazoar o pedido, inexistindo embaraço ao contraditório. Incabível a redução da pena base, quando há circunstâncias judiciais negativas, com motivação idônea, para exasperar a pena. Não há se falar em aplicação do tráfico privilegiado quando não preenchidos os requisitos legais."* (TJMS: 1ª Câmara Criminal. Apelação - Nº 0002171-20.2014.8.12.0004 - Amambaí. Relator – Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli. J. 31/03/2015).

Destarte, não há espaço para se falar em inépcia recursal por ofensa ao princípio da dialeticidade.

Do recurso interposto por Silas Castro e Elias Ferreira.

Da preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A defesa dos apelantes Silas Castro e Elias Ferreira suscita, em sede de preliminar, a nulidade do julgamento por ofensa aos princípios do contraditório e da plenitude da defesa, sob o argumento de que as captações de ligações telefônicas não estavam disponíveis em plenário para consulta de todos os presentes, pois pertenciam a outros autos, não tendo sido, oportunamente, dado vista destes à defesa dos réus e ora apelantes.

Razão não lhe assiste.

Ab initio, deve ser registrado que, na fase investigatória, o Delegado de Polícia da Comarca de Água Clara, que presidia as investigações, representou pela quebra do sigilo telefônico dos recorrentes Silas Castro de Melo, Elias Ferreira de Melo e Leandro Serafim Natal, bem como do corréu Paulo Castro de Melo, este condenado nos autos de nº 0001625-63.2010.8.12.0049.

A referida representação foi distribuída sob o nº 0001626-48.2010.8.12.0049, e foi apensada aos autos da ação penal originária de nº 0001625-63.2010.8.12.0049, o qual foi desmembrado em 24 de fevereiro de 2014, em razão da ausência injustificada dos recorrentes Silas Castro, Elis Ferreira e Leandro Serafim na Sessão de Julgamento pelo Plenário do Júri (p. 1247/1248).

Importante esclarecer que, conforme certidão de pág. 996 destes autos, foram trasladadas cópias de páginas do procedimento que tramitou nos autos referidos pela defesa (Quebra de Sigilo Telefônico) e, às p. 997/1075, constam os vários documentos relativos à quebra do sigilo telefônico (Autos nº 0001626-48.2010.8.12.0049), aos quais fora feita referência em plenário do júri, bem como cópia da decisão judicial que autorizou a referida medida (p. 1007/1008).

Destarte, a tese de nulidade aventada pela defesa não merece prosperar, já que os documentos mencionados em plenário do júri, pela acusação e também pela defesa, integram os autos, de modo que a defesa teve plena ciência de seu conteúdo.

Ressalta-se que a defesa declarou ciência da data designada para realização do Júri e também das peças que acompanhavam o processo em 17 de julho de 2014 (pág. 1564), ao passo que os referidos documentos acerca da quebra do sigilo telefônico já constavam dos autos desde 16 de janeiro de 2014 (pág. 996).

Vale dizer, a defesa dos recorrentes teve acesso ao referido processo cautelar com antecedência, inclusive teve conhecimento sobre o conteúdo das provas acerca da quebra do sigilo telefônico.

Ora, a autoridade policial, em seu relatório final, fez referência expressa acerca da quebra do sigilo telefônico dos apelantes, enfatizando a existência de intensa comunicação entre os mesmos, tanto antes como na data do crime (fls. 267/268). Ainda, conforme p. 1007/1008, há decisão judicial autorizando a quebra do sigilo telefônico, que, inclusive, fez menção aos nomes dos apelantes e aos números telefônicos. Ademais, conforme já mencionado, foram transladadas diversas cópias do procedimento que tramitou nos autos referidos pela defesa (quebra do sigilo telefônico), e às p. 997/1075, estão vários documentos extraídos do referido processo.

Assim, não há como acolher a tese de que a defesa foi surpreendida com a prova constante dos autos, pois a mesma esteve a todo tempo disponível para acesso das partes, não havendo violação, portanto, ao princípio da plenitude da defesa.

Deve ser pontuado, ainda, que a defesa, em nenhum momento no curso da persecução penal, se manifestou no sentido de questionar a referida prova e, ainda em plenário do júri, teve a oportunidade de arguir a alegada nulidade na primeira oportunidade em que foi ouvida, o que, entretanto, não foi feito.

Como bem destacado pelo d. magistrado singular, apenas na fase de tréplica é que a defesa impugnou a referida prova, configurando, pois, inovação de tese defensiva, o que é vedado, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

A propósito, colho ensinamento doutrinário de Walfredo Campos Cunha, *verbis*:

> *"(...) É sabido e ressaído que contraditório significa ciência bilateral dos atos do processo, facultando-se às partes se manifestarem a respeito deles. É a igualdade de*

armas processuais, componente imprescindível do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF), que, por sua vez, é corolário do princípio da igualdade (art. 5º da CF), que estariam, com inovação na tréplica pela defesa, sendo crassamente desrespeitados, uma vez que ao acusador não se permitirá o exercício do contraditório, nem a igualdade perante a lei. (...)" (pág. 238)

A jurisprudência do e. STJ é no mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 478, I, DO CPP. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Não viola o princípio da colegialidade a apreciação pelo relator de recurso a que se nega seguimento ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Esta Corte possui entendimento de que a inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da quaestio.

É inviável, em sede de recurso especial, a análise de questão que demanda o revolvimento de matéria fática. Incidência da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 538.496/PA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

Dessa forma, seja porque a defesa tinha conhecimento da prova produzida, seja porque não se manifestou no momento oportuno, a nulidade suscitada não deve ser acolhida, ante a inexistência de cerceamento de defesa.

Mérito - Do pedido de redução da pena.

No tocante ao mérito, a defesa argumenta, em síntese, que as penas dos apelantes sofreram exasperação indevida e desproporcional, pugnando, então, pela redução destas.

Pois bem. Para exata compreensão da *quaestio*, transcrevo o trecho da sentença onde foi realizada a dosimetria penal dos apelantes (p. 1615/1620):

"(...) 2. Do acusado Elias Ferreira de Melo

2.a) do crime de homicídio duplamente qualificado:

A culpabilidade foi normal à espécie. O acusado possui maus antecedentes, porquanto a certidão de f. 344 evidencia que o réu possui duas condenações com trânsito em julgado em data anterior aos fatos delitivos ora apurados, tendo uma das condenações sido considerada para a incidência da agravante da reincidência, a outra pode ser considerada para efeitos de maus antecedentes, conforme entendimento pacífico dos tribunais superiores. Quanto à conduta social do réu não há nos autos elementos capazes de auferí-la, tais como laudos técnicos, razão pela qual não pode ser considerada para elevar a pena-base. Já a personalidade do réu, a quantidade expressiva de ocorrências registradas em seu histórico criminal (f. 344) evidenciam que o acusado possui personalidade voltada para a prática criminosa. Os motivos do crime já foram objeto de apreciação pelo Conselho de Sentença, razão porque não podem ser novamente considerados, sob pena de incorrer em bis in

idem. As circunstâncias do crime, no entanto, apresentam peculiaridades que justificam o aumento da pena, pois foram desferidos seis disparos de arma de fogo e depois mais três golpes de faca, inclusive com a vítima já caída ao solo. As consequências do crime são próprias do delito. O comportamento da vítima, não contribuiu para o crime, razão pela qual, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes a considerar. Reconhecida a circunstância agravante da Reincidência e considerando que se faz presente duas qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença, enquanto uma delas atua para qualificar o crime a segunda deve atuar como circunstância agravante genérica, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, ante as disposições legais do artigo 61, especificamente inciso II, alínea "c", do Código Penal, fixo a pena intermediária em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

Não há causas de diminuição ou de aumento de pena a considerar, razão pela qual torno a pena definitiva para esse crime em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

2.b) do crime de corrupção de menores:

A culpabilidade considerada como o grau de reprovabilidade da conduta do fato praticado, não pode ser considerada como normal à espécie, pois o acusado praticou crime de gravidade concreta, com requintes de crueldade, na companhia e com a participação efetiva de dois adolescentes. O acusado possui maus antecedentes, porquanto a certidão de f. 344 evidencia que ele possui duas condenações com trânsito em julgado em data anterior aos fatos delitivos ora apurados, tendo uma das condenações sido considerada para a incidência da agravante da reincidência, a outra pode ser considerada para efeitos de antecedentes, conforme entendimento pacífico dos tribunais superiores. Quanto à conduta social do réu não há nos autos elementos capazes de auferí-la, tais como laudos técnicos, razão pela qual não pode ser considerada para elevar a pena-base. Já a personalidade do réu, a quantidade expressiva de ocorrências registradas em seu histórico criminal (f. 344) evidenciam que o acusado possui personalidade voltada para a prática criminosa. Os motivos e as circunstâncias do crime, não apresentam peculiaridades que justifiquem a exasperação da pena. As consequências do crime são próprias do delito. O comportamento da vítima, não contribuiu para o crime, razão pela qual fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes a considerar. Reconhecida a circunstância agravante da Reincidência, fixo a pena intermediária em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão.

Não há causas de diminuição e de aumento de pena a considerar, razão pela qual torno a pena definitiva para o réu em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão.

(...)

3. Do acusado Silas Castro de Melo

3.a) do crime de homicídio duplamente qualificado:

A culpabilidade foi normal à espécie. Para fins de majoração da pena, deve ser considerado que o acusado possui bons antecedentes, pois a única condenação com trânsito em julgado em data anterior aos fatos delitivos ora apurados já foi considerada para a incidência da agravante da reincidência, não podendo novamente ser considerada para efeitos de antecedentes, sob pena de incorrer no bis in idem. Quanto à conduta social do réu não há nos autos elementos capazes de auferí-la, tais como laudos técnicos,

razão pela qual não pode ser considerada para elevar a pena-base. Já a personalidade do réu, a quantidade expressiva de ocorrências registradas em seu histórico criminal (f. 343) evidenciam que o acusado possui personalidade voltada para a prática criminosa. Os motivos do crime já foram objeto de apreciação pelo Conselho de Sentença, razão porque não podem ser novamente considerados, sob pena de incorrer em bis in idem. As circunstâncias do crime, no entanto, apresentam peculiaridades que justificam o aumento da pena, pois foram desferidos seis disparos de arma de fogo e depois mais três golpes de faca, inclusive com a vítima já caída ao solo. As consequências do crime são próprias do delito. O comportamento da vítima, não contribuiu para o crime, razão pela qual, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes a considerar. Reconhecida a circunstância agravante da Reincidência e considerando que se faz presente duas qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença, enquanto uma delas atua para qualificar o crime a segunda deve atuar como circunstância agravante genérica, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, ante suas previsões legais no artigo 61, especificamente inciso II, alínea "c", do Código Penal, razão pela qual fixo a pena intermediária em 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

Não há causas de diminuição e de aumento de pena a considerar, razão pela qual torno a pena definitiva para esse crime em 22 (vinte e dois) anos de reclusão. (...)"

Conforme se observa, foram valoradas em desfavor do recorrente Elias Ferreira de Melo as moduladoras dos antecedentes criminais, da personalidade e das circunstâncias do crime, em relação ao delito de homicídio duplamente qualificado, e as moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes criminais e da personalidade, em relação ao delito de corrupção de menores.

Já quanto ao apelante Silas Castro de Melo, condenado apenas pelo delito de homicídio duplamente qualificado, restaram sopesadas negativamente apenas as moduladoras da personalidade e das circunstâncias do crime.

Pois bem.

Em relação aos antecedentes, sabe-se que devem ser consideradas as condenações penais transitadas em julgado por crimes praticados antes do novo delito, ante o teor da Súmula 444 do e. STJ.

In casu, o d. juiz valorou negativamente a referida moduladora em desfavor do apelante Elias, sob o argumento de que ele "*possui duas condenações com trânsito em julgado em data anterior aos fatos delitivos ora apurados. (...)*"

Ocorre que, em análise às certidões de antecedentes criminais acostadas aos autos (p. 344, 354/356, 1163/1164, 1177/1183 e 1639/1645), verifica-se que em desfavor de Elias Ferreira pesa uma única condenação penal transitada em julgado por fato anterior (autos de nº 0551084-50.2005.8.12.0049 – crime de tráfico de drogas: pena de 03 anos e 06 meses de reclusão), não havendo outro registro apto a configurar os maus antecedentes.

Deve ser pontuado que os fatos retratados nos autos de nº 0001650-76.2010.8.12.0049, no qual o apelante foi condenado por tráfico de entorpecentes, são posteriores à data do cometimento do crime apurado no presente feito, razão pela qual tal condenação não pode ser utilizada para fins de exasperação da pena-base.

Os demais registros criminais constantes nas certidões versam sobre fatos posteriores ou tratam-se de incidências sem sentença penal condenatória transitada em julgado.

Assim, não havendo outro registro de sentença penal condenatória transitada em julgado além daquela utilizada para fins de reincidência, o afastamento da valoração negativa da moduladora dos antecedentes criminais é medida que se impõe.

No tocante à moduladora da personalidade, sopesada em desfavor de ambos os recorrentes, tenho que, de igual forma, deve ser expurgada.

Como visto, o sentenciante registrou que "*a quantidade expressiva de ocorrências registradas em seu histórico criminal (...) evidenciam que o acusado possui personalidade voltada para a prática criminosa.*"

Entretanto, a fundamentação lançada não se coaduna à exegese da referida moduladora, pois a mera afirmação, genérica e abstrata, de que o agente possui personalidade voltada ao cometimento de infrações penais não é capaz de demonstrar o seu verdadeiro perfil psicológico ou eventual índole moral maculada.

O e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se pronunciado no sentido de que:

> *"**A circunstância de o apenado ser 'voltado para o crime', utilizada pelas instâncias ordinárias para valorar negativamente a personalidade, confunde-se com a idéia de antecedentes, sem que reflita o verdadeiro sentido dessa circunstância, não podendo, assim, implicar prejuízo na dosagem da pena.** Precedentes."* (AgRg no HC 240.620/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013). – destaquei.

Este e. Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o tema:

> *"(...) A jurisprudência sugere a não utilização da expressão "personalidade voltada à prática delituosa", que equivale ao termo utilizado em primeira instância "propenso a prática criminosa, e, evidencia a insensibilidade moral do mesmo", o que confirma a tese de irregularidade na fundamentação da exasperação da pena-base, devendo, portanto, ser afastada a valoração nesse ponto. (...)".* (TJMS; Apelação n. 0041404-04.2012.8.12.0001 - Campo Grande; Rel. Exmo. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Primeira Câmara Criminal, julgado: 16/12/2013).

Destarte, deve ser decotada a valoração negativa da moduladora da personalidade dos recorrentes.

Quanto às circunstâncias do crime, entendo que o d. magistrado *a quo* agiu com acerto ao sopesar negativamente tal vetorial, pois destacou circunstâncias concretas envolvendo a conduta dos réus que ultrapassam a tipicidade e merecem maior reprovação, especialmente o fato de terem efetuado seis disparos de arma de fogo em face da vítima e depois mais três golpes de faca, quando esta já estava caída ao solo.

A propósito, o e. STJ possui entendimento que "*As circunstâncias do crime, previstas no artigo 59 do CP como baliza para a fixação da pena-base, dizem respeito a elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, mostram-se relevantes para se apurar a reprovabilidade da conduta. (...)"* (HC 196.575/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 27/08/2014)

Com efeito, o *modus operandi* empregado pelos apelantes na prática criminosa é realmente censurável e suplanta o normal ao tipo penal, razão pela qual deve justificar a exasperação da pena-base.

Por fim, em relação à moduladora da culpabilidade, observa-se que o sentenciante valorou-a em desfavor do apelante Elias, apenas no tocante ao crime de corrupção de menores, argumentando que "*o acusado praticou crime de gravidade concreta, com requintes de crueldade, na companhia e com a participação efetiva de dois adolescentes*".

Contudo, tal fundamentação não deve justificar a exasperação da pena do delito de corrupção de menores, porquanto faz mera alusão à gravidade do crime de homicídio, a qual já foi reprimida pela incidência do tipo penal específico.

Dessa forma, diante da ausência de motivação capaz de demonstrar eventual intensidade de dolo na conduta do agente que suplanta o normal ao tipo penal, impõe-se o expurgo da avaliação realizada no tocante à culpabilidade.

Assim, em relação ao crime de homicídio qualificado, as penas-base aplicadas aos réus devem ser reduzidas, porém mantidas um pouco acima do mínimo legal, pois a moduladora das circunstâncias do crime recebeu fundamentação adequada e, portanto, deve ser mantida como desfavorável.

Já quanto ao crime de corrupção de menores, a pena-base aplicada ao apelante Elias deve ser reduzida ao mínimo legal, haja vista que não restaram circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Já na segunda etapa da dosimetria penal (crime de homicídio), foram consideradas em desfavor dos recorrentes as agravantes previstas no artigo 61, inciso I e II, *c*, do Código Penal, tendo o magistrado *a quo* implementado o aumento de 1/3 da pena fixada na primeira fase[1], o que equivale atribuir a fração de 1/6 (um sexto) por cada agravante, o que não se mostra desproporcional, conforme entendimento dos tribunais superiores.

Ademais, registra-se que, segundo entendimento consolidado pelo e. STJ:

> *"Havendo mais de uma circunstância qualificadora reconhecida no decreto condenatório, apenas uma deve formar o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, quando expressamente previstas como tais, ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, de forma residual."* (HC 290.261/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 17/02/2016)

Nessa esteira, nada obsta que uma das qualificadoras seja utilizada para qualificar o tipo penal e a outra seja considerada como circunstância agravante, tal como feito pelo d. sentenciante.

No tocante ao crime de corrupção de menores, pelo qual apenas o recorrente Elias foi condenado, o sentenciante também agravou a pena, na segunda fase da dosimetria penal, no patamar de 1/6, o qual mostra-se justo e adequado ao caso.

Destarte, não há qualquer reparo a ser realizado na segunda fase da dosimetria penal.

Assim, passo à retificação da dosimetria penal dos apelantes.

Do apelante Elias Ferreira de Melo

Crime de homicídio duplamente qualificado

Como visto anteriormente, no tocante ao crime de homicídio, apenas a moduladora relativa às circunstâncias do crime foi mantida como desfavorável, razão pela qual reduzo a pena-base para 14 (quatorze) anos de reclusão.

Na segunda fase, incidem as agravantes previstas no artigo 61, incisos I e II, alínea "c", do Código Penal, cujo patamar de incidência foi fixado em 1/3 (1/6 para cada), razão pela qual a reprimenda provisória fica implementada em 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

1 Ou seja, agravou a pena do apelante Elias de 18 anos para 24 anos e do recorrente Silas de 16 anos e 06 meses de reclusão para 22 anos.

No último estágio, não havendo causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda corporal em 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Crime de corrupção de menores

Na primeira fase da dosimetria penal, não restaram circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Na segunda etapa, incide a agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, cujo patamar foi fixado em 1/6, razão pela qual a sanção provisória fica implementada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão.

No último estágio, à míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão.

Concurso material

Incidindo a regra do artigo 69 do Código Penal, torno a pena definitiva do apelante Elias Ferreira de Melo em 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Do apelante Silas Castro de Melo

Crime de homicídio duplamente qualificado

Como visto anteriormente, no tocante ao crime de homicídio, apenas a moduladora relativa às circunstâncias do crime foi mantida como desfavorável, razão pela qual reduzo a pena-base para 14 (quatorze) anos de reclusão.

Na segunda fase, incidem as agravantes previstas no artigo 61, incisos I e II, alínea "c", do Código Penal, cujo patamar de incidência foi fixado em 1/3 (1/6 para cada), razão pela qual a reprimenda provisória fica implementada em 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

No último estágio, não havendo causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda corporal em 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Do recurso do apelante Leandro Serafim.

Por fim, a defesa do apelante Leandro postula o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, sob o argumento de que, na data dos fatos, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade.

A pretensão defensiva comporta acolhimento.

Como bem se sabe, o condenado criminalmente que, ao tempo da ação criminosa, possuía menos de vinte e um ano de idade – e estando comprovada esta condição documentalmente nos autos (STJ, súmula 74) –, deve ser beneficiado com a incidência da atenuante genérica da menoridade relativa, de forma a suavizar a pena intermediária fixada na segunda fase da dosimetria penal.

In casu, observa-se, a partir do manancial documental existente nos autos (denúncia – pág. 01/04, dossiê individual – p. 188/189, folha de antecedentes criminais – pág. 1205, e guia de recolhimento provisória – p. 1672/1673), que o apelante nasceu no dia 03/12/1991.

Significa dizer que, na data dos fatos (02/04/2010), o apelante contava, realmente, com 18 anos de idade, fazendo jus, portanto, ao reconhecimento da atenuante genérica da menoridade relativa, cuja incidência, como é sabido, faz suavizar a sanção penal na segunda fase da dosimetria.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente desta Corte:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENDIDA O SANEAMENTO DE SUPOSTA OMISSÃO. TESE ACOLHIDA. PRETENSÃO RELACIONADA À ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO ARGUIDA PELA DEFESA. MATÉRIA QUE, CONTUDO, PELA SUA NATUREZA, PODE SER COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O recurso de embargos de declaração somente é cabível quando houver no acórdão desafiado, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (CPP, art. 620), situações que, no entanto, não foram verificadas no âmbito do presente caso.* ***2. Se o réu, ao tempo dos fatos, era menor de 21 (vinte e um) anos de idade e, estando esta condição comprovada documentalmente nos autos (stj, Súmula nº 74), deve ele ser beneficiado pela incidência da atenuante genérica da menoridade relativa, de forma a suavizar a pena intermediária, fixada na segunda fase da dosimetria penal."*** (TJMS; EDcl 0060844-83.2012.8.12.0001/50000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 06/11/2014; Pág. 21) – destaquei.

Assim, a referida atenuante deve ser reconhecida, razão pela qual passo ao redimensionamento da sanção penal definitiva.

Na primeira fase, a pena-base do apelante Leandro foi fixada em 15 (quinze) anos de reclusão, ou seja, 03 (três) anos acima do patamar mínimo, em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime (p. 1614/1615).

Em relação aos demais apelantes (Elias e Silas), como visto, apenas a moduladora das circunstâncias do crime de homicídio foi mantida como desfavorável, e, por tal razão, as penas-base de ambos foram reduzidas para 14 (quatorze) anos de reclusão.

Dessa forma, em atenção aos princípios da isonomia e da proporcionalidade da pena, considerando que todos foram condenados pelo mesmo fato e que as circunstâncias do crime são idênticas, tenho por bem reduzir a pena-base de Leandro Serafim Natal para 14 (quatorze) anos de reclusão, cujo patamar revela-se justo e adequado à reprovabilidade da conduta, em especial às circunstâncias do crime valoradas negativamente.

Na segunda fase, diante da incidência de duas qualificadoras no crime de homicídio, o d. magistrado singular utilizou uma delas para qualificar o tipo penal e sopesou a outra como circunstância agravante, na segunda fase da dosimetria, o que é plenamente admitido, como já salientado anteriormente.

Contudo, nesta ocasião, foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa e, considerando que tal circunstância possui caráter preponderante[2], reduzo a reprimenda provisória para 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Por fim, no último estágio da dosimetria penal, não havendo causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, torno definitiva a pena corporal do apelante Leandro Serafim Natal em 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal.

2 STJ: HC 306.029/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015); REsp 1285055/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014.

Dos pronunciamentos finais.

Assim, ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento suscitada pelo *Parquet* e conheço dos recursos de Silas Castro e Elias Ferreira, bem como o apelo de Leandro Serafim; rejeito a preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, suscitada pela defesa; quanto ao mérito, dou parcial provimento ao recurso interposto por Silas e Elias, para: a) reduzir a pena-base dos apelantes, em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado, estendendo os efeitos ao corréu Leandro; b) reduzir a pena-base de Elias para o mínimo legal em relação ao delito de corrupção de menores; e c) reconhecer a atenuante da menoridade relativa em benefício do apelante Leandro Serafim.

No tocante ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

É como voto, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator, comunique-se a conclusão do acórdão ao juízo de origem requisitando oportunamente a adoção de providências no sentido de retificar as guias de recolhimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso de Silas Castro de Melo e Elias Ferreira Melo a fim de reduzir a pena base em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado estendendo os efeitos ao corréu Leandro Serafim Natal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 07 de abril de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1404202-69.2016.8.12.0000 - Coxim
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ARTIGOS 33 e 35 DA LEI 11.343/2006 – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS (MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA) – AFASTADO – PACIENTES OSTENTAVAM FUNÇÃO DE BATEDORES – DESNECESSÁRIA A APREENSÃO DE DROGAS COM OS ACUSADOS – BASTA A DEMONSTRAÇÃO INICIAL DE SUPORTE À TRAFICÂNCIA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA ESCORREITAMENTE – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – AFASTAMENTO DE AUTORIA POR CORRÉU ISOLADA – DEPOIMENTOS POLICIAIS IDÔNEOS – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (582,065 KG DE MACONHA) – NECESSIDADE DE ASSEGURAR-SE A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INSUFICIENTES – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA

Pacientes prestavam, em tese, suporte à traficância, e, em assim sendo, não teriam, em seus poderes imediatos, qualquer substância entorpecente, eis que exerciam as funções de "batedores", auxiliando no transporte da vultosa quantidade de "maconha" (582, 065 Kg), devidamente acondicionadas em tabletes, utilizando-se de vários veículos.

Mantém-se a decisão que indeferiu o pleito do paciente de revogação de prisão preventiva, fulcrada nos requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Necessidade de intervenção da polícia, promovendo-se perseguição incessante, só concluída com as prisões dos pacientes em comarca diversa, sendo as declarações daqueles eivadas de idoneidade, salvo prova em contrário.

A imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva não se revelam, no caso, suficientes para a garantia da ordem pública, devendo, por tal razão, serem mantidas as custódias dos pacientes.

Denota-se a periculosidade dos agentes, por conta de evasão do distrito da culpa, fatores que diante da presença de predicados pessoais, por si só, soterram a possibilidade do restabelecimento do seu *status libertatis*, quando preenchidos os pressupostos para a decretação da prisão cautelar, não representando, sequer, ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Ordens denegadas. Com o parecer da PGJ.

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 23 de maio de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Gerson Miranda da Silva, inscrito na OAB/MS n. 13.379, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Elker dos Santos da Silva, Maria Viana da Silva e Paulo Sergio Viana da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Coxim-MS.

O impetrante narra que os pacientes foram presos em flagrante, na data de 25 de março de 2016, conduzindo um "veículo batedor" de um outro carro, conduzido por Wagner Pereira e Júlio Cezar, e, neste segundo veículo, apreendeu-se 580 (quinhentos e oitenta quilos) de maconha, de forma a conduta foi tida como aquela descrita nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

O impetrante alega que os acusados Wagner Pereira e Júlio Cezar foram presos na Comarca de Coxim - MS, em outro veículo e na oportunidade declararam que os pacientes nada sabiam sobre a atividade desenvolvida, nem tampouco tinha conhecimento de onde vinham.

As prisões em flagrante foram convertidas em preventivas.

Todavia, o impetrante argumenta que as prisões pautam-se em meras abstrações.

Acrescenta, ainda, que os pacientes são tecnicamente primários, trabalhadores, possuem residência fixa e família constituída e ocupação licita.

Nisto, postularam pela concessão de liminar, requerendo, ao final, a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 172-174.

As informações foram prestadas às fls. 179-182.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 179-182.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Gerson Miranda da Silva, inscrito na OAB/MS n. 13.379, impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Elker dos Santos da Silva, Maria Viana da Silva e Paulo Sergio Viana da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Coxim-MS.

O impetrante narra que os pacientes foram presos em flagrante, na data de 25 de março de 2016, conduzindo um "veículo batedor" de um outro carro, conduzido por Wagner Pereira e Júlio Cezar, e, neste segundo veículo, apreendeu-se 580 (quinhentos e oitenta quilos) de maconha, de forma a conduta foi tida como aquela descrita nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

O impetrante alega que os acusados Wagner Pereira e Júlio Cezar foram presos na Comarca de Coxim - MS, em outro veículo e na oportunidade declararam que os pacientes nada sabiam sobre a atividade desenvolvida, nem tampouco tinha conhecimento de onde vinham.

As prisões em flagrante foram convertidas em preventivas.

Todavia, o impetrante argumenta que as prisões pautam-se em meras abstrações.

Acrescenta, ainda, que os pacientes são tecnicamente primários, trabalhadores, possuem residência fixa e família constituída e ocupação lícita.

Nisto, postularam pela concessão de liminar, requerendo, ao final, a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 172-174.

As informações foram prestadas às fls. 179-182.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 179-182.

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

Porém, a ordem merece ser denegada.

Faz-se mister a transcrição da denúncia, *in verbis* (inquérito policial n. 001390-06.2016):

> *"(...) Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 24 de março de 2016, por volta das 22hs40min., na Rodovia 163, neste município e comarca de Coxim/MS, os denunciados* ***Julio Cesar Viana da Silva, Wagner Pereira da Silva, Elker Santos da Silva, Paulo Sergio Viana da Silva*** *e* ***Maria Viana da Silva*** *foram presos em flagrante delito quando transportavam, para outro Estado da Federação,* ***609 (seiscentos e nove) tabletes****, pesando aproximadamente* ***582,065 Kg (quinhentos e oitenta e dois quilos e sessenta e cinco gramas)*** *da substância entorpecente popularmente conhecida como* ***"maconha",*** *os quais tinham como destino final a cidade de* ***Cuiabá/MT****.*
>
> *Segundo apurado, no dia, hora e local dos fatos, Policiais Rodoviários Federais visualizaram o veículo Lancer, marca Mitsubishi, cor branca, placas OBS - 1650 de Cuiabá/MT, conduzido pelo denunciado* ***Elker*** *e tendo como passageiros os coautores* ***Paulo Sergio*** *e* ***Maria,*** *passando em frente ao Posto da PRF sentido Cuiabá/MT e, após 1 hora, retornando sentido Campo Grande/MS.*
>
> *Diante da suspeita da situação, passaram a monitorar todos os veículos que estavam transitando pela rodovia, ocasião em que visualizaram novamente o veículo Lancer, cor branca, placa OBS - 1650 passando em frente ao Posto da PRF na função de "batedor" do automóvel Peugeot 208 Active, cor branca, placa AXI-5595 de Curitiba/PR, que era conduzido pelo denunciado* ***Wagner*** *e tendo como passageiro o denunciado* ***Julio Cesar****.*
>
> *Ato contínuo, os policiais passaram a monitorar os veículos supracitados, seguindo-os até o posto de combustível Pegoraro. No entanto, ao perceberem a ação policial, os acusados que estavam no veículo Lancer evadiram-se rapidamente do local rumando à cidade de Sonora/MS.*
>
> *Em revista no interior do veículo Peugeot, os Policiais Rodoviários Federais lograram êxito em localizar a enorme quantidade de entorpecentes supracitada.*
>
> *Acionada, a polícia militar de Sonora/MS logrou êxito em abordar o veículo batedor (Lancer) em fuga, oportunidade em que se verificou que o passageiro e acompanhantes eram parentes entre si e também parentes dos acusados presos transportando a droga.*

Presos em flagrante delito, os coautores ***Wagner*** *e* ***Julio Cesar*** *confessaram a autoria delituosa, esclarecendo que foram contratados para transportar a droga da cidade de Ponta Porã/MS até a cidade de Cuiabá/MT. Em troca, receberiam a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais).*

Durante a investigação, restou constatado ainda que o veículo utilizado como batedor, (Lancer) é de propriedade da pessoa de Milton Cesar Costa Rodrigues, réu em processo criminal em Mato Grosso pela prática do crime de tráfico de drogas (fls. 139).

Diante do exposto, o ***Ministério Público Estadual denuncia*** *a Vossa Excelência* ***Julio Cesar Viana da Silva, Wagner Pereira da Silva, Elker Santos da Silva, Paulo Sergio Viana da Silva e Maria Viana da Silva*** *pela prática da conduta descrita no* ***art. 33, caput c.c art. 40, inciso V ambos da Lei n. 11.343/2006, observando-se o disposto na Lei 8.072/90*** *(...)"* – grifei

A prisão em flagrante foi assim convertida em preventiva (0001161-46.2016.8.12.001):

"(...) Trata-se de Audiência de Custódia, disciplinada no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, pelo Provimento nº 352, de 1º de outubro de 2015, em que foi procedida a oitiva dos flagrados Elker Santos da Silva, Wagner Pereira da Silva, Júlio César Viana da Silva, Paulo Sérgio Vianna da Silva e Maria Viana da Silva, todos qualificados, pela prática dos delitos, previstos nos artigos 33 e 35, da Lei 11.343/06.

Verifica-se, de início, que não há motivos para o relaxamento do auto de prisão em flagrante, pois hígido, em seu aspecto formal.

De outro norte, analisando detidamente o auto de prisão em flagrante, bem como diante da manifestação das partes, verifica-se que a conversão da prisão em flagrante, em prisão preventiva, no presente caso, é medida que se impõe.

Segundo a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXVI, "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a Lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

O Código de Processo Penal dispõe em seu art. 311 que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Não é o flagrante, portanto, que autoriza a manutenção do sujeito no cárcere, mas os requisitos da prisão preventiva uma vez preenchidos e, por imposição constitucional, a análise deles é submetida ao crivo judicial.

A prisão preventiva pressupõe a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime e poderá ser decretada toda vez que assim o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal.

Com efeito, no caso em tela, revelam-se presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar.

De início, convém anotar que primariedade, residência fixa, "ocupação lícita" e família constituída não são, por si sós, fatores preponderantes na concessão da liberdade provisória, uma vez que há a necessidade de análise de outros fatores diretamente ligados à natureza do crime e às circunstâncias fáticas em que ocorreram, bem como à sua repercussão na sociedade local.

Ademais, dispõe o inciso II do artigo 310 do Código de Processo Penal que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

No caso em análise, conclui-se que há prova da existência do crime, consubstanciada na apreensão de grande quantidade de drogas (mais de meia tonelada), bem como pelo laudo preliminar realizada na substância apreendida, que atesta se tratar de maconha.

Há, ainda, suficientes indícios da autoria delitiva. Os flagrados Wagner e Júlio César, que estavam no veículo Peugeot, confirmaram que estavam na posse da droga.

Com relação aos demais, ainda que a defesa afirme que não há prova da participação, tem-se que os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão narram, ainda que de forma preliminar, que os veículos não só trafegavam juntos pela BR, como foram encontrados parados no mesmo posto de gasolina.

O distanciamento mencionado pela defesa se deu após a chegada da polícia, com a informação dos policiais de que o veículo Lancer, em que depois de logrou descobrir que estavam os outros três flagrados.

Sendo assim, dúvidas não há que estão presentes os pressupostos da prisão preventiva. Passo, assim, à análise do requisitos.

Assiste razão ao Ministério Público quando afirma que a prisão é indispensável para a garantia da ordem pública, bem como por ser conveniente para a instrução criminal.

Deveras, o crime em tese cometido é grave, isto é, tráfico de entorpecentes. E não se trata de gravidade em abstrato, mas sim em concreto, diante da apreensão de 582,065 Kg de maconha, quantia dividida em 609 (seiscentos e nove) tabletes, acondicionados em um veículo.

Além disso, os flagrados, até o presente momento, não possuem nos autos nenhuma comprovação de residência fixa, ocupação lícita, e tampouco apresentaram uma versão razoável que justificasse o crime cometido, ou mesmo afastasse o vínculo entre todos os envolvidos.

A ordem pública resta afetada com a soltura, desse modo, porque permitirá que os flagrados reincidam na prática, até mesmo para recuperar os valores perdido com a apreensão de quantia tão expressiva.

Além disso, a instrução criminal corre riscos, uma vez que os flagrados Elker, Paulo e Maria já demonstraram que não pretendem auxiliar nas investigações, tanto é que empreenderam fuga quando abordados pelos policiais rodoviários federais. Só foram presos após a utilização da força por parte dos policiais militares na Cidade de Sonora/MS.

Agregue-se, também, que a ausência de vínculo com o local da prática do crime, ou mesmo com a cidade que alegam residir, diante da ausência de emprego lícito, pode implicar na frustração da futura ação penal a ser desencadeada, já que poderão não mais ser encontrados para a citação.

Ressalte-se, ainda, que há flagrados já condenados e outros processados por prática de crimes anteriores, sendo que ainda nem há nos autos os antecedentes criminais do Estado de Mato Grosso, onde afirmam residir, o que impede se analisar eventual primariedade deles.

> *Diante do exposto, com fundamento nos artigos 312 e 310, inciso II, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante de Elker Santos da Silva, Wagner Pereira da Silva, Júlio César Viana da Silva, Paulo Sérgio Vianna da Silva e Maria Viana da Silva, qualificados, em prisão preventiva.*
>
> *Diante da afirmação dos presos de não terem sofrido abuso físico/psicológico durante a prisão, não há providências a serem adotadas.*
>
> *Expeça-se o respectivo mandado de prisão e o ofício de encaminhamento do preso, ao Estabelecimento Prisional local, com cópia do presente termo de audiência (art. 6º, II, do Provimento n. 352, de 1º de outubro de 2015).(...)"*

Ao se confrontar os teores da denúncia e do decreto segregatório, é de se concluir ter o juízo originário agido com o costumeiro acerto.

O crime de tráfico de drogas é punido com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, confortando-se os fatos, com isto, ao texto do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Também presentes os pressupostos, prova da existência do crime e indícios da autoria, atente-se.

A materialidade esta demonstrada através do laudo pericial, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, de depósito, laudos periciais (fls. 57-60; 69-71; 72-87; 128-135; 136-141; inquérito policial de n. 0001390-06.2016.8.12.0011).

Os indícios de autoria são verificados através dos depoimentos dos agentes de polícia, dotados de coerência e idoneidade, salvo prova contrário, tanto que se pode embasar uma condenação, porque não um decreto segregatório processual.

Ademais, as prisões foram deflagradas por conta de monitoramento empreendido pelos agentes de segurança pública, os quais só foram concluir a diligência na comarca de Sonora, para onde os pacientes rumaram, embora todo o cerco policial tenha se iniciado na comarca de Coxim.

Acrescente-se, ainda, que a alegação de não ter sido encontrada droga com os pacientes, bem como que os corréus teriam eximido-os da autoria, em nada afasta o decreto segregatório, eis que as características daquele, bem como a função dos pacientes de "batedores" na empreitada criminosa, guardam relação com as descritas na denúncia, fator que somado às demais circunstâncias formam robusto arcabouço de indícios de sua autoria.

Tais nuances já foram vislumbradas por julgados desta Corte, transcreve-se:

> *"EMENTA - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRESENTES OS REQUISITOS DOS ART. 312 E 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL- GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - GRAVIDADE CONCRETA - GRANDE QUANTIDADE DROGA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA. A decisão está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, pois a gravidade concreta do delito encontra-se demonstrada nos depoimentos dos condutores, na vultosa quantidade de droga - 77,380 Kg (setenta e sete quilos e trezentos e oitenta gramas) de maconha, do qual o paciente, em tese, seria o "batedor". Insta ressaltar que todo esse entorpecente teria destino ao Estado de Santa Catarina. Em que pese no veículo do paciente não ter sido encontrada substância entorpecente, ele seria o "batedor", ou seja, estaria, em tese, auxiliando no transporte da droga, de modo que em sede de cognição sumária, os elementos para manutenção da prisão estão presentes. O crime de tráfico de drogas é punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, observando-se o disposto no art. 313, I, Código de Processo Penal, que admite a medida*

> *cautelar. Em que pese o paciente possua condições pessoais favoráveis, são irrelevantes, porquanto estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Com o parecer - ordem denegada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer. denegar a ordem".* (*Habeas Corpus* 0002273-42.2014.8.12.0004. Comarca de Amambai / Amambai / 2ª Vara. 3ª Câmara Criminal Des. Dorival Moreira dos Santos)

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação, atraindo a presença do *fumus commissi delicti.*

Já o *periculum libertatis* está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública e a aplicação da lei penal.

A decisão de primeiro grau está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, cujos elementos são extraídos dos depoimentos dos condutores, dos quais se afere o quão organizada foi a operação para o transporte da vultosa quantidade de entorpecentes - 582,065 Kg de maconha, quantia dividida em 609 (seiscentos e nove) tabletes - de modo que, em sede de cognição sumária, necessária a prisão preventiva.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já exarou que:

> *"(...) o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave, são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social"* (RHC 15016/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/12/203).

A garantia da aplicação da lei penal também merece ser resguardada porque os pacientes evadiram-se do distrito da culpa, tanto que presos em comarca diversa após perseguição policial incessante.

Pondere-se, ainda, que os pacientes sequer foram ouvidos em Juízo, sendo certo que o interrogatório também consiste em elemento probatório, o que poderia vir a ser vilipendiado com uma nova fuga do acusado.

Neste esteio, traz-se à baila o entendimento desta Corte:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PREVENTIVA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – EVASÃO DO LOCAL DO CRIME – IRRELEVÂNCIA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. Não há falar na inexistência dos pressupostos legais da prisão cautelar, quando provada a materialidade e presentes elementos indicativos da autoria do crime de homicídio qualificado tentado. Perante a gravidade concreta do crime, em tese cometido e o seu modus operandi, a segregação é forma de assegurar a ordem pública e restabelecer a tranquilidade social. Se o paciente evadiu-se do local do crime, a segregação se justifica pelo risco concreto de aplicação da lei penal. As condições pessoais do paciente não são suficientes, por si sós, para a revogação da prisão preventiva. Precedentes do STJ em habeas corpus desta corte (HC 26.621/MS). Com o parecer. Ordem denegada."* (TJ/MS, 6 de outubro de 2014, 1ª Câmara Criminal Habeas Corpus -Nº 1410939-59.2014.8.12.00 - Campo Grande Relatora – Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha Impetrante: Antonio Carlos Castilho dos Santos Impetrante : Coaraci Nogueira de Castilho Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande Paciente : Nereu de Souza)

Bem assim, a segregação do paciente mostra-se necessária à garantia da aplicação da lei penal.

Ante ao contextualizado, não há falar-se em substituição por medidas cautelares, frente à imprescindibilidade da constrição cautelar, a qual está muito bem calcada na gravidade da conduta, no risco de prejuízo à ordem pública, e, por conseguinte, vislumbro inexistir alteração nos motivos ensejadores do decreto preventivo, devendo ser mantida incólume a decisão vergastada.

Por derradeiro, o impetrante afirma que os pacientes ostentam circunstâncias pessoais favoráveis.

Porém, a segregação se faz necessária, merecendo ser mantida, soterrando eventuais circunstâncias pessoais favoráveis, as quais, diante daquelas postas, não são capazes de afastar a prisão, fundamento este que encontra conforto em abalizada jurisprudência, transcrevo:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA.CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. Estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, vez que há provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, portanto a medida cautelar se justifica pela necessidade de garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da Lei penal, em razão das circunstâncias próprias do caso concreto, pois consta das investigações que o paciente foi preso por ser, em tese, um dos autores intelectuais do transporte interestadual de entorpecentes que sairia de Mato Grosso do Sul com destino a São Paulo e batedor de estrada da elevada quantidade de droga apreendida, 140 kg (cento e quarenta quilos) de maconha. O impetrante juntou documentos a fim de comprovar as condições pessoais aludidas, quais sejam, residência fixa e ocupação lícita, todavia, mesmo que comprovadas, não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva. Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS; HC 1401878-09.2016.8.12.0000; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 30/03/2016; Pág. 7)

Neste esteio, os argumentos erigidos pelo impetrante, concernentes à ausência dos requisitos autorizadores de sua prisão, depuram-se ante à forma que os atos processuais foram praticados, afastando-se, com isto, a tese de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 23 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006767-30.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE FORJADO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS – FASE INDICIÁRIA – EVENTUAIS NULIDADES NÃO VICIAM A AÇÃO PENAL – ABSOLVIÇÃO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155 DO CPP – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS MAL VALORADAS – REDUÇÃO. ALTERAÇÃO DO *QUANTUM* DO AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA – INVIABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Eventuais nulidades ocorridas na fase indiciária não atingem a ação penal, mormente quando não há o mínimo lastro probatório a demonstrar a ocorrência do apontado flagrante forjado;

A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial, depoimento de policiais 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;

Abranda-se a pena-base do crime de tráfico de entorpecentes quando: a) as moduladoras culpabilidade e personalidade não foram analisadas com base em elementos concretos; b) o lucro fácil é inerente ao crime praticado, não servindo para desqualificar os motivos do crime; d) as consequências e circunstâncias foram normais à espécie;

Inviável a redução do *quantum* do aumento referente à agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria, quando o critério utilizado pela sentença (um sexto) mostra-se adequado e proporcional ao caso;

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de maio de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodrigo Teixeira dos Santos contra a sentença de f. 220-8 que o condenou à pena de 07 anos de reclusão, em regime fechado, e 700 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput,* da Lei 11.343/2006.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 252-75, visa, com amparo no artigo 386, V, do CPP, a absolvição em razão da existência de flagrante forjado, ou por ausência de provas seguras à condenação (*ex vi*, art. 386, VII, do CPP). Subsidiariamente, requer a diminuição da pena para o mínimo legal, bem como o abrandamento do percentual aplicado em razão da agravante da reincidência.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 277-89, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 297-305, opinou no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodrigo Teixeira dos Santos contra a sentença de f. 220-8 que o condenou à pena de 07 anos de reclusão, em regime fechado, e 700 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput,* da Lei 11.343/2006.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no dia 07 de setembro de 2013, por volta das 22h15min, na residência localizada na Rua Bernardino Rodrigues Montalvão, nº 3.794, bairro Jardim Alvorada, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, policiais militares surpreenderam o denunciado Rodrigo Teixeira dos Santos vendendo e tendo em depósito, para os fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, droga, qual seja, 03 (três) porções da substância conhecida popularmente como crack , pesando, no total, 16,9g (dezesseis vírgula nove gramas), substância esta proibida em todo o território nacional pela Portaria n. 344 da Secretaria Nacional da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12.05.1998, conforme auto de apreensão de f. 27/28 e exame preliminar de constatação de f. 29 v.*
>
> *Consta nos autos, ainda, que, nessas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado Rodrigo Teixeira dos Santos opôs-se à execução de ato legal mediante violência aos policiais militares que realizaram a abordagem acima narrada.*
>
> *Apurou-se nos presentes autos que, no dia e horário dos fatos, policiais militares do serviço reservado, durante monitoramento pelas imediações da residência do denunciado, localizada no endereço acima mencionado, devido ao recebimento de denúncias de que o denunciado utilizava referida residência como ponto de venda de drogas, observaram que pessoas iam até um telefone público existente na frente da residência do denunciado, faziam uso do referido aparelho telefônico e, após, saíam andando e eram adiante alcançadas pelo denunciado, que se utilizava de uma motocicleta Honda Biz, de cor preta, momento em que este entregava e recebia algo.*
>
> *Em determinado momento da diligência descrita acima, tais policiais abordaram uma dessas pessoas que havia recebido algo do denunciado, sendo ela identificada como sendo a testemunha Claudinei Aparecido de Oliveira Dias, quando lograram encontrar, na mão dele, uma pedra de crack, oportunidade em que, então, referida pessoa afirmou ter comprado a porção de droga apreendida do denunciado pelo valor de R$ 60,00 (sessenta reais).*

Em continuidade à diligência, os agentes policiais em questão pediram reforço policial para a abordagem do denunciado, quando, então, os policiais militares acionados, ao chegarem à residência deste, observaram um homem, ao visualizar a viatura, correr para o interior da residência e resolveram abordá-lo, momento em que abordaram o denunciado e este, por sua vez, relutou em obedecer às ordens dos referidos policiais a fim de ser revistado, inclusive com socos contra os policiais, sendo necessário o uso da força para contê-lo.

Após conter o denunciado, os policiais, em revista pessoal nele, lograram encontrar, sob suas vestes, uma pedra de crack e a quantia em dinheiro de R$ 80,00 (oitenta reais), bem como, em vistoria pelo imóvel, em um casaco infantil dentro do guarda-roupas do quarto do denunciado, outra pedra de crack, drogas estas similares àquela encontrada com a testemunha acima mencionada.

Durante as diligências no interior da casa do denunciado, ainda, os policiais militares apreenderam um caderno com anotações típicas de contabilidade na atividade de tráfico de drogas, que estava no mesmo guarda-roupas acima citado, bem como a quantia em dinheiro de R$ 194,00 (cento e noventa e quatro reais) e 02 (dois) aparelhos celulares, que estavam na cômoda do quarto do casal, além de outro aparelho celular e uma lâmina de cheque no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), consoante o auto de apreensão de f. 27/28.

Por derradeiro, é dos autos que a testemunha Claudinei Aparecido de Oliveira Dias, quando ouvida na Delegacia de Polícia, confirmou que era usuário de crack e que a droga apreendida em seu poder foi adquirida do denunciado pelo valor de R$ 60,00 (sessenta reais), conforme havia mencionado aos policiais militares.

Ante o exposto, estando satisfatoriamente preenchidos os requisitos para a propositura da ação penal, denuncio Rodrigo Teixeira dos Santos como incurso no artigo 33, caput , da Lei n. 11.343/06 e artigo 329, caput , do Código Penal, c/c artigo 69 do Código Penal, (...)".

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 252-75, visa, com amparo no artigo 386, V, do CPP, a absolvição em razão da existência de flagrante forjado, ou por ausência de provas seguras à condenação (*ex vi*, art. 386, VII, do CPP). Subsidiariamente, requer a diminuição da pena para o mínimo legal, bem como o abrandamento do percentual aplicado em razão da agravante da reincidência.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 277-89, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 297-305, opinou no mesmo sentido.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da pretensão absolutória.

Busca-se a absolvição de Rodrigo Teixeira dos Santos ao fundamento de que o flagrante foi forjado e, ainda, diante de não haver provas suficientes a embasar o édito condenatório.

Razão não socorre à pretensão.

Com relação à assertiva da existência de flagrante forjado, consigna-se, de antemão, que irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não possuem o condão de macular o processo criminal e tampouco, por si só, de conduzir à absolvição buscada. Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE PORTE DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO PASSIVA.* ***INQUÉRITO POLICIAL. EVENTUAL NULIDADE NÃO VICIA A AÇÃO PENAL.*** *PLEITO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO. VÍCIOS NO PROCESSO NÃO ESPECIFICADOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA QUE NÃO SE COADUNA COM A VIA ELEITA. 1.* ***Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito policial não implicam nulidade da ação penal em razão de ser peça meramente informativa e não probatória,*** *ainda mais em se tratando, como no caso ora em tela, de processo com condenação já transitada em julgado. 2. É corolário do Direito Penal, a teor do disposto no art. 563, do Código de Processo Penal, que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Na hipótese não se vislumbra qualquer nulidade e o Impetrante olvidou-se de esclarecer em que se constituiu os vícios processuais e os prejuízos deles advindos ao Paciente. 3. A análise da existência de contradição nos depoimentos testemunhais prestados e que culminaram com a condenação do Paciente, afigura-se inviável na via estreita do habeas corpus, diante da necessidade do exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Ordem denegada"* (STJ - HC: 70391 RJ 2006/0251758-0, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 02/10/2008, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2008). Destaquei.

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA -* ***NULIDADE POR VÍCIO NO INQUÉRITO POLICIAL - IRREGULARIDADE QUE NÃO MACULA A AÇÃO PENAL - PRELIMINAR REJEITADA-*** *SENTENÇA DE PRONÚNCIA - LEGÍTIMA DEFESA - AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - PRESENÇA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL - DESCABIMENTO - DECOTE QUALIFICADORAS - INCABÍVEL - RECURSO NÃO PROVIDO. I -* ***Conforme entendimento pacificado nos tribunais superiores, eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não possuem o condão de macular todo o processo criminal.*** *II - A legítima defesa, como causa de exclusão de crime a ensejar a absolvição sumária (art. 415, IV, CPP), somente pode ser reconhecida se restar incontroverso, pelo conjunto probatório dos autos, que o agente praticou o fato, usando de meios moderados, para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. III - Na fase de pronúncia, somente se admite a desclassificação do delito nos casos em que se evidencia, de forma inequívoca, a ausência de animus necandi. Inexistindo este juízo de certeza, deve-se deixar a critério do soberano Tribunal do Júri a decisão acerca da existência ou não de dolo específico na conduta do acusado. IV - A exclusão de qualificadora, na fase da pronúncia, somente é permitida quando for manifestamente improcedente"* (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10059050059738001 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 03/09/2013, Câmaras Criminais / 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 09/09/2013). Destaquei.

Na hipótese, a tese da defesa acerca da ocorrência de flagrante forjado pela autoridade policial não restou demonstrada nos autos, não existindo nenhuma circunstância concreta a demonstrar que os policiais que participaram das diligências que culminaram na prisão do recorrente tivessem o intento de prejudicá-lo.

Ao revés, os elementos colhidos foram efetivos em demonstrar que, através de eficiente trabalho policial, foi possível a prisão em flagrante do ora acusado, em cuja residência foi encontrada certa quantidade de "crack", bem como outros objetos a demonstrar a atividade ilícita que era ali realizada.

Diante disso, resta evidenciado que a alegação de ocorrência de flagrante forjado trata-se de vã tentativa da defesa em fragilizar o robusto e conclusivo acervo probatório colhido aos autos.

Quanto à alegada insuficiência probatória, também sem razão os fundamentos trazidos pela defesa.

Inicialmente, cabe consignar que a materialidade delitiva encontra-se consubstanciada no: auto de prisão em flagrante (f. 07-08); boletim de ocorrência (f. 22-9); auto de exibição e apreensão (f. 32-4); laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de droga (f. 35); laudo pericial nos telefones celulares apreendidos (f. 90-116); laudo de exame toxicológico (f. 174-7), bem como pelas demais provas testemunhais colhidas nos autos.

Quanto à autoria, em que pese o recorrente, em ambos os momentos de sua oitiva, ter negado a prática do crime de tráfico de entorpecentes que lhe foi imputada, os demais elementos constantes do processo foram fortes a demonstrar situação contrária. Vejamos.

Segundo o histórico da ocorrência, policiais militares, após denúncia apócrifa de que o recorrente estaria traficando entorpecentes, realizaram monitoramento nas imediações de sua residência quando, no dia dos fatos, avistaram pessoas se deslocarem até um telefone público defronte à casa do acusado, as quais faziam o uso do aparelho telefônico e, imediatamente, saíam andando, quando, então, eram alcançadas pelo denunciado que se utilizava de uma motocicleta, e lhes entregava e recebia algo. Em determinado momento, os policiais resolveram interceptar uma dessas pessoas – Claudinei Aparecido de Oliveira Dias – com a qual foi encontrada uma pedra de crack, sendo que, indagado a respeito, respondeu que havia comprado a droga de Rodrigo, pelo valor de R$ 60,00 (sessenta reais). Colhe-se, a propósito, do testemunho prestado por Claudinei na fase indiciária (f. 13-4):

> *"(...) nesta data, por volta das 21h30min, foi até a casa de Rodrigo para adquiriu o entorpecente; que esclarece que como de vezes anteriores que adquiriu 'crack' do mesmo, não chega a ir até sua casa, pois para em um 'orelhão' que existe bem em frente da casa e ligou em seu aparelho celular numero 67.9185-3080,se identificou e disse que precisava de R$ 60,00 (sessenta reais) de 'crack', tendo Rodrigo procedido da mesma forma que das outras vezes, ou seja, lhe disse que saísse andando pela rua do 'postinho' (Posto de Saúde), rua que Rodrigo reside, que lhe alcançaria e entregaria o entorpecente solicitado; que saiu andando e que cerca de cem metros à frente, Rodrigo se aproximou com uma motocicleta Honda Biz, cor escura, rapidamente entregou uma pedra com aproximadamente 0,5 gramas de 'crack', pegou os R$ 60,00 (sessenta reais) do depoente e foi embora; que duzentos metros adiante foi abordado por quatro policiais militares, os quais, durante a abordagem localizaram o entorpecente em sua mão, oportunidade em que relatou os fatos da mesma fôrma que acaba de fazer, ou seja, declarou ser usuário e que acabara de adquiriu o entorpecente de Rodrigo (...)".*

Em juízo, houve a retificação desse depoimento, oportunidade em que ele passou a dizer, num primeiro momento, que nada tinha dito para o delegado e, posteriormente, alterando novamente a narrativa dos fatos, que realmente dissera o que constara do termo de seu depoimento policial, mas que tal se dera em razão de ter sido obrigado pelos policiais, demonstrando, sem dúvidas, pela contrariedade de suas palavras, a ausência de credibilidade na nova versão para os fatos.

Não fosse só isso, há que se registrar que os policiais que participaram da ação flagrancial foram coesos em seus testemunhos, relatando em pormenores como se dera a apreensão do entorpecente e toda a ação de monitoramento que precedeu a prisão do recorrente. Veja-se.

O Policial Militar Rogério Fontes Bazan, condutor da prisão em flagrante, em seu testemunho a f. 09-10, afirmou que:

> *"(...) Puderam notar que pessoas iam até um telefone público existente na frente da casa de Rodrigo, faziam uso do aparelho, após, saiam andando e mais adiante eram alcançados por Rodrigo, que se valia de uma motocicleta Honda Biz, cor preta, entregava*

> *e recebia algo, deixando o local em seguida; Que, em determinado momento efetuaram a abordagem em uma das pessoas que recebeu algo de Rodrigo, sendo que durante a abordagem em uma das pessoas que recebeu algo de Rodrigo, sendo que durante a abordagem foi localizado uma pedra de "crack" em sua mão e que de pronto alegou ser usuário do entorpecente e que teria adquirido por R$ 60,00 (sessenta reais) de Rodrigo, indicando o local onde o mesmo reside; Que, passaram a situação para o Copom e solicitaram apoio para efetuarem a abordagem de Rodrigo, sendo que minutos após foram avisados de que uma equipe Rotai já estava na casa do suspeito; Que, então se deslocaram até a casa de Rodrigo, deixaram a testemunha dentro do carro e passaram a acompanhar as buscas que já ocorriam no imóvel, pois conforme informado, na abordagem inicial,, foi localizado nas vestes de Rodrigo, uma trouxinha de "crack"; Que, durante as buscas no imóvel, foi localizado pelo Sd. Pestana, uma pedra de 13 gramas da mesma substância, a qual estava escondida em uma roupa de criança, dentro do guarda-roupa, em um dos quartos da casa; Que sobre o numerário relacionado na ocorrência, esclarece o depoente que referido valor foi localizado no bolso de Rodrigo, pelo Sd. Santana; Que em razão dos fatos, pelo condutor da ocorrência, foi dada voz de prisão ao conduzido (...)".*

Em juízo, vide áudio da audiência, o PM Rogério ratificou os termos prestados na fase de inquérito. Disse que recebeu a denúncia do tráfico e passou a fazer monitoramento nas imediações da casa do acusado, presenciando quando pessoas ali ligavam de um telefone público defronte à casa, para logo em seguida o acusado sair e lhes entregar algo. Que, num primeiro momento, não fizeram a abordagem de tais pessoas, visando dar efetividade ao flagrante. Posteriormente, fizeram a abordagem de Claudinei, que também havia telefonado do dito telefone público e recebido algo do acusado, oportunidade em que encontraram certa quantidade de crack em sua posse, a qual ele confirmou ter-lhe sido entregue por Rodrigo.

O Policial Anderson Paes Santana, da equipe da Rotai, em seu testemunho a f. 11-2, relatou que:

> *"(...) Chegando ao local sua equipe foi informada pelo P-2 que haviam detido um viciado com droga que havia dito que tinha comprado o entorpecente de uma pessoa de nome Rodrigo. Que chegaram defronte a casa suspeita havia um homem no portão que ao ver a viatura correu para dentro da residência, ao que os policiais desembarcaram da VTR e foram ao encalço daquele home que foi aborda na sala da residência, tendo o indivíduo resistido a abordagem não querendo deixar que fosse feito revista pessoal e em sua residência, ao que foi necessário uso de força para contê-lo e algemá-lo em seguida foi identificado como Rodrigo Teixeira dos Santos, pessoa que o viciado identificado pelo nome de Claudinei Aparecido de Oliveira Dias afirmou como sendo aquela que havia comprado a droga, inclusive en outras oportunidades. Que após ser dominado foi encontrado no bolso de Rodrigo uma pedra de "crack" já embalada e no mesmo bolso a quantia de R$ 80,00. Diz que passado alguns instantes chegaram no local os advogados Hélio Ferreira Júnior e Simone Siqueira Ferreira que acompanharam as buscas no interior da residência. Que durante as buscas foi encontrado dentro do quarto do Rodrigo no guarda roupa no interior do bolso de um casaco infantil uma pedra de "crack" de aproximadamente 13 gramas. Com a chegada dos advogados Rodrigo passou a dizer que era usuário e que a droga encontrada era para o uso dele. Que Rodrigo foi checado junto ao Sistema SIGO sendo constatado que o mesmo registra antecedentes por tráfico de drogas (...)".*

Em juízo, o PM Anderson ratificou todos os termos do seu depoimento, frisando que no dia dos fatos o serviço de investigação solicitou apoio da Rotai para realizar a diligência na moradia do réu; chegando no endereço informado avistaram de pronto o acusado à porta, onde lhe deram voz de prisão, mas não obedeceu à ordem e entrou na casa correndo, sendo alcançado na sala da residência, fora algemado, na revista pessoal encontraram dinheiro e uma porção de substância entorpecente com o réu; que em busca domiciliar os demais policiais encontraram mais uma porção de crack, no quarto do réu, e um caderno com anotações assemelhadas à comercialização de drogas; tomou conhecimento de que uma equipe apreendeu,

anteriormente, uma porção de entorpecente - uma pedra de crack - com um usuário de drogas na via pública, que havia saído da casa do denunciado; que se recorda que o réu resistiu à prisão mas não se recorda de detalhes dessa situação; não conhecia o réu nem se apresentava passagens policiais pregressas; na residência ainda havia uma mulher; foram duas equipes da Rotai e uma da polícia reservada que adentraram na residência; no momento da resistência à prisão do réu havia apenas uma equipe policial na residência, chegando após a equipe de apoio; não se recorda de ter caído sangue no chão da casa; não se recorda se o réu foi encaminhado para o Posto de Saúde após a prisão.

Segundo o artigo 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial. Isto significa dizer que os elementos de prova produzidos no inquérito policial possuem validade relativa, e para assumirem condições de auxiliar na busca da verdade real devem ser confirmados em juízo.

Tem-se, assim, que os depoimentos prestados pelos policiais militares que flagraram o recorrente atuando como vendedor de drogas ilícitas, sem nenhuma dúvida, são elementos de extrema importância para o esclarecimento dos fatos, assumindo plena validade como prova mormente quando, como no caso em apreço, foram repetidos em juízo, mantendo coerência com os demais elementos de prova extraídos do caderno processual. Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.*
>
> *1. (...) 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese (...).* (STJ. HC 166124 / ES. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado). Quinta Turma. Julgado em 21/06/2012)."
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. De acordo com a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de justiça, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. 2. 3. 4 . Agravo regimental improvido".* (STJ; AgRg-Ag 1.336.609; Proc. 2010/0139710-3; ES; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 14/08/2013; Pág. 1193).

Trata-se de testemunho como o de qualquer cidadão, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos tal qual ocorreram. É reiterada a jurisprudência do Egrégio STF no sentido de que "*é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho *in* Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais, fl. 61).

De fato, seria incoerente credenciar-se agentes para exercer o 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 no exercício de tais funções.

Ademais, como visto, os depoimentos dos policiais não foram as únicas provas existentes no processo, vez que houve a confissão policial de usuário de drogas – Claudinei - que havia adquirido o entorpecente de Rodrigo, e, além, disso, houve exame pericial nos aparelhos celulares encontrados na residência do acusado, o qual confirmou as declarações dos policiais militares que, na data dos fatos, o acusado recebia ligações de usuários de droga, de telefone público, e depois retornava às ligações, saindo logo em seguida para entregar a droga. A esse respeito, transcrevo trecho da sentença que bem destacou essa situação:

> *"(...) o acusado disse que o telefone da marca LG, cor branca, dois IMEI's, de linha número 67.9185.3080, operadora Claro, é de sua esposa Juliana.*
>
> *As fls. 93/102 e 104/116 foram juntados aos autos os laudos periciais nº 18.080 e 18081, correspondentes aos exames em aparelho de telefonia celular.*
>
> *Atentando para o laudo pericial nº 18.080, cujo objeto do exame pericial foi o aparelho de telefone celular da marca LG, cor branca, cinza, com etiqueta de identificação, IMEI 1: 355817-05-551334-3, IMEI 2: 355817-05-551335-0, observa dentre as ligações recebidas: a) às 21:41 do dia 07 de setembro de 2013, ligação do telefone 67-3522.6430; b) às 21:57, do dia 07 de setembro de 2013, ligação recebida do nº 67-3522.7639 (fls. 100).*
>
> *No mesmo aparelho de telefone celular, no histórico de ligações realizadas na data de 07 de setembro de 2013, verifico: a) 21:41 ligações efetuada para o número 67-3522.6430; b) às 21:58, ligação efetuada para o número 67-3522.7639 (fls. 99).*
>
> *No site da Anatel (http://sistemas.anatel.gov.br/sgmu) foi possível esclarecer que o número 067-3522.6430, corresponde ao telefone público localizado na Rua Ranulfo Marques Leal, nº 00353, Jardim Angélica, Três Lagoas/MS, enquanto o número 067-3522.7639, fica situado na Rua Bernardino R. Montalvão, nº 03725, Jardim Alvorada, Três Lagoas/MS (extratos anexos a esta sentença).*
>
> *Deste modo, possível concluir que o réu com endereço residencial na Rua Bernardino Rodrigues Montalvão, 3794, Bairro Jardim Alvorada - do seu telefone celular, ou do celular da sua esposa do qual fazia uso, recebeu na noite dos fatos 07 de setembro de 2013 - duas ligações telefônicas realizadas de telefones públicos, localizados, um deles em um baixo vizinho - Jardim Angélica e o outro que fica bem próximo da sua residência. Além disso, consta que assim que recebia a ligação, instantes em seguida retornava para o mesmo número, possivelmente, confirmando a encomenda e ajustando detalhes da entrega (...)".*

Em assim sendo, absolutamente inconsistente, dentro deste quadro, a alegação de insuficiência probatória, de modo que resta irretocável a condenação do recorrente nos moldes exarados pela instância singela.

Da diminuição da pena-base.

Busca-se, ainda, a diminuição da pena-base, ao argumento de que reprimenda foi fixada em desatenção aos ditames previstos no artigo 59 do Código Penal.

Razão assiste em parte à pretensão.

Quanto à dosimetria da pena eis os fundamentos da sentença (f. 220-8):

> *"(...) Impõe-se a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade evidenciada, dada a reprovabilidade da conduta praticada pelo sentenciado; não possui antecedentes criminais maculados os quais possam ser considerados na presente fase; sua conduta está adaptada ao convívio familiar e social; não há muitos elementos sobre a personalidade do criminoso, apesar dos indícios negativos, porque pensando em si mesmo, olvidou dos efeitos devastadores das drogas, principalmente no público juvenil; os motivos do crime não foram revelados, mas advém, sem dúvidas, da ambição por ganho fácil de dinheiro; as circunstâncias do crime lhes são prejudiciais, dado o universo de estratagemas validas pelo réu para manter sua prática sob o manto da impunidade (evitar contato com usuários à sua porta, entrega do entorpecente na via pública, manutenção de pequenas quantidades de droga na sua residência, negativa contumaz de sequer conhecer da droga ali apreendida); as consequências são as mais graves, o que dispensa comentários, porque na atualidade ninguém desconhece os efeitos desastrosos na família e na sociedade causados pelo comércio e uso de substâncias entorpecentes, mas no caso, só não atingiram esse índice de gravidade graças à apreensão feita pelo trabalho policial.*
>
> *Sendo assim, após detida análise das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, as quais são em sua maioria desfavoráveis, e em atenção ao estipulado no art. 42 da Lei 11.343/2006, acrescento que o acusado praticara o crime de tráfico de cocaína no total de 16,9 gramas em forma de crack - , uma droga cujo preço não é dos mais acessíveis, e que se trata de substância que causa dependência psíquica e que provoca sérios e irreversíveis danos ao cérebro e ao sistema nervoso central do ser humano. A personalidade e a conduta social do réu não são as mais graves, motivo pelo qual fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e multa que arbitro em 600 (seiscentos) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo.*
>
> *Na segunda fase de aplicação da pena, agravo a pena em um ano de reclusão e 100 dias-multa pela circunstância agravante da reincidência. Isso porque o réu apresenta condenação transitada em julgado (30/06/2006) pelo crime de roubo majorado, cuja extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda se deu em 22 de março de 2013 conforme se abstrai dos autos da guia de recolhimento nº 0005541-34.2006/1ª vara criminal -, razão pela qual os marcos do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda anterior e da data da prática do delito sub judice, encontram-se inseridos no quinquênio previsto no artigo 64, I, do CP.*
>
> *Não se identifica quaisquer das circunstâncias atenuantes previstas em lei.*
>
> *Na terceira fase inexistem causas de aumento ou de diminuição da pena.*
>
> *Os autos informam que o sentenciado se trata de réu reincidente, elemento reconhecido nesta sentença, logo, não preenche os requisitos exigidos pela nova lei de tóxicos para obter a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º.*
>
> *Deste feita, ausentes quaisquer outras causas modificadoras, torno definitiva a condenação de Rodrigo Teixeira dos Santos à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos de reclusão, além da multa penal de 700 (setecentos) dias-multa, montante que entendo razoável para a reprimenda pessoal e prevenção geral do crime de que se trata.*

> *Cada dia multa será no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente.*
>
> *Na forma do art. 2º, da Lei 8.072/90, o tráfico ilícito de entorpecentes é considerado crime hediondo por equiparação, com incidência sobre a conduta da norma estipulada em seu §1º, de modo que a pena deve ser cumprida em regime inicialmente fechado (...)".*

Consoante se depreende da decisão acima, o magistrado *a quo,* elevou a pena-base em 01 ano e 100 dias-multa acima do mínimo, pelo juízo negativo da culpabilidade, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências do crime e natureza da droga apreendida.

Quanto à culpabilidade, tal circunstância diz respeito à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma. Sobre tal moduladora, 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. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p. 88).

Aqui a sentença considerou negativa a culpabilidade estabelecendo que tal circunstância estaria evidenciada, o fazendo de forma genérica e sem trazer qualquer outra fundamentação, o que, por certo, implica no afastamento da valoração negativa de dita circunstância, porquanto a generalidade empregada não condiz com a necessária análise que deve ser efetuada acerca da censurabilidade da conduta, do grau de reprovabilidade social da ação, e também se o agente tinha condições de conduzir-se de forma diversa.

Portanto, decota-se o acréscimo decorrente da valoração negativa de tal circunstância judicial sem indicação de elementos concretos que justifiquem esse juízo de valor.

No tocante à personalidade, deve ser entendida, nos moldes do posicionamento do STJ, como *"a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito".*

No caso, a sentença considerou negativa a personalidade do acusado, ao fundamento de que *"pensando em si mesmo, olvidou os efeitos devastadores das drogas, principalmente no público juvenil".*

Contudo, esses não são elementos capazes de atribuir juízo negativo acerca da moduladora, e nos autos não há dados concretos a demonstrar que possua personalidade desvirtuada, a justificar o aumento reprimenda.

Quanto aos motivos do crime, também não podem gerar o aumento da pena-base, visto que o desiderato de auferir lucro fácil está intimamente ligado à conduta perpetrada, não sendo um plus a ser valorado negativamente. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 - PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE - PEDIDO DE REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - **MOTIVO DO CRIME AFASTADO - LUCRO FÁCIL INERENTE AO TIPO DE TRÁFICO** - REDUZIDA - PRETENDIDO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE*

> *DA REINCIDÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - FOLHAS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE COMPROVAM CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO - AGRAVANTE MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO"* (TJ-MS - APR: 24935 MS 2009.024935-5, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 26/10/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/11/2009). Destaquei.

Do mesmo modo equivoca-se a decisão ao valorar negativamente as consequências do crime ao fundamento de que a ação certamente causaria danos irreversíveis à sociedade porquanto trata-se de fundamentação absolutamente genérica, vaga, que não aponta situação concreta a ensejar o aumento da pena, e, ademais, encontra-se intrínseca à própria ação perpetrada.

De fato, qualquer ação criminosa é causa de sequelas, quer seja de ordem patrimonial, física psicológica, tanto é assim que importam em apenação. Não se olvida que casos há em que o dano suportado é tamanho a justificar um rigor maior na reprimenda, contudo, tal situação deve ser demonstrada de forma concreta, com base em elementos extraídos dos autos, o que aqui não ocorreu.

Nesse sentido:

> *"TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE. MOTIVOS. CIRCUNSTÂNCIAS.* ***CONSEQUÊNCIAS. AFASTAMENTO.*** *CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. APLICAÇÃO. NATUREZA DA DROGA. CRACK. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. I – Incabível a absolvição do crime de tráfico, se as circunstâncias do caso demonstram que a droga destinava-se à difusão ilícita e a quantidade de entorpecente apreendida com acusado mostra-se incompatível com a mera condição de usuário por ele declarada. II – Afasta-se a avaliação negativa da culpabilidade quando fundamentada genericamente no fato de a conduta ser altamente reprovável. III – Inquéritos policiais e ações penais ainda em curso não podem servir para majorar a pena-base. IV – A busca pelo lucro fácil no crime de tráfico de drogas é inerente ao tipo penal violado, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente no momento da aplicação da reprimenda básica. V - Afasta-se a avaliação negativa das circunstâncias do crime se fundamentada no fato de o réu traficar em local público conhecido pelo intenso comércio de drogas, pois a fundamentação é ínsita ao crime de tráfico.* ***VI – O fato de o tráfico de entorpecentes constituir verdadeiro flagelo social é circunstância inerente ao tipo penal e, portanto, não pode servir para fundamentar o aumento da reprimenda a título de consequências do crime.*** *VII – Inaplicável a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 se as provas colhidas permitem concluir, com a certeza necessária, que o acusado dedicava-se ao tráfico de drogas. VIII – Recurso conhecido e parcialmente provido"* (TJ-DF - APR: 20140111016332 DF 0024196-74.2014.8.07.0001, Relator: Nilsoni de Freitas, Data de Julgamento: 26/02/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/03/2015. Pág.: 240). Destaquei.

Desse modo, decota-se a valoração negativa das consequências do delito.

As circunstâncias delitivas também não transbordam os limites estreitos do tipo penal perpetrado, visto que a conduta, não só daqueles que traficam entorpecentes, mas de todos os que se envolvem na seara criminosa, é envolta por estratagemas visando a impunidade, de modo que isso não é critério válido a justificar o aumento da apenação.

Por fim, no que toca ao acréscimo da pena em razão da natureza da droga apreendida – 16,9 g (dezesseis gramas e nove decigramas) de crack – não há nenhum retoque a ser feito na decisão.

Ao fixar a pena-base em delitos relativos à Lei nº 11.343/06, por expressa dicção do artigo 42, o juiz deve considerar as circunstâncias da natureza e quantidade da substância apreendida, personalidade e conduta social do agente com preponderância sobre as demais, relacionadas pelo artigo 59, do Código Penal. Assim sendo, qualquer destas, valorada negativamente, impõe agravamento superior às outras circunstâncias judiciais.

É nesse sentido a lição de Ricardo Augusto Schmitt, em "Sentença Penal Condenatória", 8ª edição, 2014 - Jus PODIVM, p. 173:

> *"(...) o próprio legislador definiu categoricamente quais são as circunstâncias judiciais preponderantes na análise do artigo 59 do Código Penal, o que conduz a certeza de que àquelas circunstâncias legalmente previstas (art. 42 da Lei 11.343/06 - circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância ou do produto), personalidade e conduta social do agente) devem possuir um patamar de valoração superior às demais."*

Assim também leciona Andrey Borges de Mendonça:

> *"A nova Lei, no artigo em comento,* ***tendo em vista as particularidades que envolvem os crimes relacionados às drogas****, fixou que o magistrado deve considerar, ao determinar a pena-base,* ***com preponderância sobre as circunstâncias indicadas no artigo 59 do CP****, as seguintes circunstâncias:* ***a) natureza da substância ou produto, b) quantidade da substância ou produto, c) personalidade do agente, d) conduta social do agente.***
>
> *Veja que o magistrado não poderá descartar totalmente as demais circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do CP, mas sim que a pena deverá se aproximar das circunstâncias indicadas no artigo ora em estudo, que devem preponderar sobre aquelas."* (Lei de Drogas Comentada, 3ª Edição, pág. 200). (Sem grifo na origem).

A natureza da substância é circunstância judicial preponderante, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, que estipula 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*."

Na hipótese, como visto, a droga apreendida em poder do recorrente foi o crack que, segundo estudos científicos disponibilizados pela internet, é obtido por meio de uma mistura de pasta de coca ou cloridrato de cocaína com bicarbonato de sódio, e comercializado em pequenas pedras porosas; não é solúvel em água, mas os usuários fumam o crack aquecendo essas pedras em cachimbos improvisados, já que essa substância passa do estado sólido para o vapor em uma temperatura relativamente baixa, a 95ºC. Os vapores de cocaína liberados são absorvidos pelos pulmões quase imediatamente, pois o pulmão é um órgão intensamente vascularizado e com grande superfície. Assim, a cocaína é enviada para a circulação sanguínea e atinge o cérebro em 15 segundos.

Destarte, quem comercializa tal substância deve ter a sanção agravada, pois a culpabilidade extrapola os limites da normalidade. E o patamar de agravamento, em atenção ao princípio da proporcionalidade, deve ser superior àquele aplicável às moduladoras do artigo 59 do Código Penal.

Confira-se julgados nesse sentido, sem grifos na origem:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR*

INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42, DA LEI DE DROGAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. No caso, o paciente foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, porque, "no dia 15 de março de 2013, tinha em depósito, para entrega a consumo ou para fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, 58 (cinquenta e oito) buchas de cocaína, pesando 24,70g (vinte e quatro gramas e setenta decigramas); 1 (uma) pedra de cocaína, processadas na forma de crack, pesando 25,20g (vinte e cinco gramas com vinte decigramas) e 1 (um) tijolo de cannabis sativa, vulgarmente conhecida por maconha, pesando 41,30g (quarenta e um gramas com trinta decigramas)". 2. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. 3. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um apenamento maior". 4. Habeas corpus não conhecido". (STJ; HC 295.083; Proc. 2014/0119488-1; RS; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 02/09/2014).

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/2006, ARTS. 33, CAPUT E 35, CAPUT). ..... RECURSO MINISTERIAL. DOSIMETRIA. CRIME DE TRÁFICO. APREENSÃO DE "CRACK". NATUREZA DA DROGA QUE PERMITE A FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE (Lei n. 11.343/2006, ART. 42). ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGA QUE AFASTA EXCEPCIONALMENTE O AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO). MAJORAÇÃO ATENTA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DA MENORIDADE CP, ART. 65, I). AGENTE QUE CONTAVA COM MENOS DE VINTE E UM ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO NA ORIGEM. PLEITO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE, PERMANÊNCIA E ANIMUS ASSOCIATIVO. DECISÃO MANTIDA NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Para os crimes previstos na Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de droga são, por força do art. 42, circunstâncias preponderantes na fixação da pena base. Assim, essa corte de justiça, reiteradamente, acata a possibilidade de fixação da reprimenda acima do mínimo legal quando se tratar do tráfico de "crack", porquanto tal substância, derivada da cocaína, possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em conta a rapidez com que submete o acusado à dependência, causando, por consequência, danos graves e irreversíveis ao corpo humano. (...)". (TJSC; ACR 2014.015334-2; Tubarão; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Salete Silva Sommariva; Julg. 30/07/2014; DJSC 08/08/2014; Pág. 354).

Logo, a natureza da droga apreendida no caso em apreço é situação a validar o aumento da pena-base.

Da redução do *quantum* aplicado em razão da agravante da reincidência.

Por derradeiro, requer-se a redução do patamar de aumento aplicado pelo reconhecimento da agravante da reincidência.

Sem razão, entrementes, essa pretensão.

Infere-se que o magistrado, em razão da incidência da agravante da reincidência, aumentou a pena-base, então fixada em 06 anos e 500 dias-multa, em 01 ano e 100 dias-multa, ou seja, elevou-a na fração de 1/6 (um sexto).

Embora não exista norma específica acerca da graduação para aplicação das agravantes, a jurisprudência e doutrina posicionam-se no sentido de que o aumento aplicado, salvo devidamente justificado, não deve ultrapassar 1/6 (um sexto), sob pena de tais circunstâncias representarem maior importância do que as causas especiais de aumento e diminuição de pena, as quais devem compreender uma reprimenda maior. Nesse sentido:

> *"(...) Por não ter o Código Penal especificado o quantum a ser considerado para agravar a pena em razão da reincidência, se não for exposto algum motivo concreto que aponte a necessidade de aumento maior, deve-se utilizar a fração mínima prevista para as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, que é de 1/6 (um sexto). (...)"* (TJPR 9141886 PR 914188-6 (Acórdão), Relator: Jefferson Alberto Johnsson, Data de Julgamento: 02/08/2012, 3ª Câmara Criminal).

> *"(...) É de se reduzir o quantum de aumento da reincidência porque, embora não haja previsão legal quanto ao percentual, a doutrina preconiza que 1/6 (um sexto) é, de regra, o adequado"* (TJPR - 3ª C.Criminal - AC 607264-4 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - J. 18.03.2010).

Logo, inviável a redução do *quantum* do aumento referente à agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena, quando o critério adotado pelo juízo *a quo* foi adequado e proporcional ao caso.

Da dosimetria da pena.

Na 1ª fase da dosimetria, afastado o juízo negativo de 05 moduladoras consideradas prejudiciais, e mantidas a da natureza da droga (crack) – esta, circunstância preponderante, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006) -, fixa-se a pena-base em 05 anos e 03 meses de reclusão e 510 dias-multa. Na 2ª fase, incide a agravante da reincidência, pela qual a pena deve ser majorada em 1/6 (um sexto), equivalente a 10 meses e 15 dias, de modo que a pena queda-se em 06 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, e 595 dias-multa, que resta definitiva nesse patamar ante a inexistência de outras circunstâncias a serem sopesadas.

Mantém-se o regime fechado para o cumprimento da pena, em razão da reincidência.

Incabível a substituição da pena privativa por penas restritivas de direito, nos termos do artigo 44 do CP.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Rodrigo Teixeira dos Sanots para o fim de, mantendo a condenação pela prática do crime capitulado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, diminuir a pena aplicada para 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 595 (quinhentos e noventa e cinco) dias-multa, esta no unitário mínimo (1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0006016-66.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – IMPRONÚNCIA – ART. 414 DO CPP – JUÍZO DE PRELIBAÇÃO – PRESENÇA DE INDÍCIOS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – IMPOSSIBILIDADE – EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA – DESPROVIMENTO.

Presentes indícios da autoria e da materialidade do delito de homicídio, impossível a impronúncia, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal, que nada além disso exige para a submissão ao julgamento pelo Colendo Conselho de Sentença.

Na fase da pronúncia o juiz togado realiza mero juízo de prelibação, no qual basta apontar indícios da autoria e da participação do acusado.

A exclusão de qualificadoras, na fase da pronúncia, somente pode ocorrer em situações excepcionais, quando totalmente divorciada do conjunto probatório, sob pena de se usurpar a competência constitucional do Tribunal de Júri.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de maio de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Leonardo Gonçalves Aguilieri, contra a sentença de f. 209/211 que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, do Código Penal (homicídio qualificado por motivo torpe – vingança), pois, segundo consta, no dia 08/11/12, por volta das 20h, na via Corredor Público, esquina com a Rua Barbosa, em Dourados/MS, o recorrente efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Thiago dos Santos Ortega que veio a falecer. O motivo foi torpe – vingança.

Segundo as razões expostas a f. 04/08, pugna pela impronúncia, ante a ausência de indícios suficientes de autoria e, alternativamente, pela desclassificação para a conduta simples do delito de homicídio.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 10/25 e 230/235, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Leonardo Gonçalves Aguilieri, contra a sentença de f. 209/211 que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, do Código Penal (homicídio qualificado por motivo torpe – vingança) pois, segundo consta, no dia 08/11/12, por volta das 20h, na via Corredor Público, esquina com a Rua Barbosa, em Dourados/MS, o recorrente efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Thiago dos Santos Ortega que veio a falecer. O motivo foi torpe – vingança.

Segundo as razões expostas a f. 04/08, pugna pela impronúncia, ante a ausência de indícios suficientes de autoria e, alternativamente, pela desclassificação para a conduta simples do delito de homicídio.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 10/25 e 230/235, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

A hipótese de impronúncia é prevista pelo art. 414 do Código de Processo Penal, assim redigido:

> *"Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado".*

Da leitura dessa norma legal percebe-se que a decisão de pronúncia contenta-se com mero juízo de prelibação, ou seja, basta a indicação da materialidade e de indícios da autoria para que o caso seja submetido à apreciação do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido:

> *"(...) O juiz, ao proferir a sentença de pronúncia, deve limitar-se única e exclusivamente a apontar indícios e provas do crime e sua autoria, deixando a cargo do Tribunal do Júri o exame aprofundado da matéria, pois, tratando-se de crimes dolosos contra a vida, a incursão sobre o mérito da causa importa em indevida invasão de competência que a Constituição Federal reservou ao julgador leigo (...)"* (RT 753/580).

É importante ressaltar que a decisão de pronúncia põe termo à primeira fase do rito escalonado do Tribunal do Júri, o que permite concluir que ela não se destina a condenar o acusado, mas simplesmente a atestar*"a materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*", conforme estabelece o artigo 413 do Código de Processo Penal.

É o que se extrai da lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) Menciona-se [no novel artigo 413, caput, do Código de Processo Penal] a 'existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. É o correto, pois a suficiência dos indícios torna-se elemento de segurança para que o processo seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, além de poder envolver tanto a autoria como a participação, espécies diversas de concurso de pessoas (...)".* (*In* Tribunal do Júri. São Paulo: RT, 2008, p. 63).

Portanto, a apuração da verdade real sobre os fatos deduzidos na acusação cabe ao Conselho de Sentença, competente para o julgamento da segunda fase. Nessa senda, quanto à autoria do delito, suficiente é para a pronúncia a demonstração de indícios de que o acusado possa tê-lo cometido.

Tal perspectiva é adotada por esta e. Corte, *in verbis*:

> *"(...) A pronúncia é mero juízo de admissibilidade, não traz, em si, uma condenação prévia. Provada a materialidade e havendo indícios de autoria, competente ao Juízo pronunciar o réu, submetendo-o a julgamento pelo juiz natural: o Tribunal do Júri. O animus do agente deve ser analisado pelos atos físicos praticados, por sua conduta delitiva, e não por ilações e presunções subjetivas. Havendo o resultado da tentativa de morte da vítima, na dúvida acerca da real intenção do agressor, se de tentar matar ou apenas ferir a vítima, por tratar-se de crime contra a vida, deve-se optar pela pronúncia, transferindo para o Júri a competência para efetuar o julgamento e proferir a decisão final. (...)"* (RESE n, 2009.004014-2 – Órgão Julgador – 1.ª Turma Criminal – Relator: Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques, Julgado em 07/04/2009).

Neste caso, a materialidade restou comprovada pelo laudo de f. 87/89. Quanto à autoria, há nos autos indícios suficientes para manter a pronúncia de f. 209/211, e com isso, submeter à apreciação do Conselho de Sentença.

De acordo com a testemunha Saulo Soares Filho (f. 36/7), o próprio recorrente confessou ter sido ele o autor do crime, no momento em que foi localizado na casa de seu tio. Atente-se para parte da narrativa:

> *"(...) A mulher disse que só estavam ela e os filhos, mas demonstrou muito nervosismo. (...) Neste momento a mãe de Leonardo, que estava ao lado da mulher, entrou, enquanto a mulher então mostrou-se confusa, dizendo "na minha casa não, vocês vão causar tumulto". Diante disso o depoente foi no sentido em que a mulher entrou, seguido pelos investigadores René e Marcelo e já se depararam com ela abraçada com Leonardo na sala. Neste ato, ao ver os policiais, Leonardo já falou "o BO é meu, o BO é meu" e que tinha jogado a arma fora. (...) Segundo Leonardo, o motivo do crime foi o fato de que Thiago o vinha ameaçando constantemente(...)".*

René de Andrade Pina, investigador de polícia, que também participou da operação no dia dos fatos, confirmou a versão acima (f. 39/40).

Interrogado, o recorrente Leonardo Gonçalves declarou: "*(...) que já tinha brigado com esses caras desde que era menor (...) que deu quatro tiros nele (...) que está arrependido (...)*" (f. 212)[1].

Joel dos Reis Aguilieri, tio do recorrente, relatou: "*(...) chegou, falou pra mim que tinha tido uma briga e atirou em um menino (...) depois encontrei o revólver no fundo da minha casa, próximo onde ele tinha deixado a bicicleta (...)*" (f. 213).

Como se vê, os indícios são mais que suficientes para justificar a pronúncia e submeter os fatos à apreciação do Conselho de Sentença.

Quanto à qualificadora, do mesmo modo, impossível a desclassificação para homicídio simples diante dos indícios de que o crime tenha sido praticado por vingança, devendo tal fato ser cuidadosamente examinado pelo corpo de jurado. Segundo as palavras do próprio recorrente, quando interrogado, afirmou: "*(...) porque eu tenho uma briga com esses caras, desde que eu fui preso de menor (...) lá na UNEI eu apanhei deles (...)*" (*sic*).

1 As declarações do recorrente e de seu tio Joel foram visualizadas através de vídeos/áudio, cujos arquivos foram recebidos via e-mail, diretamente da assessoria do Juiz da 3ª Vara Criminal de Dourados/MS, já que referidos arquivos não encontram disponíveis no sistema.

Trata-se de indício de que o delito possa ter sido praticado por vingança, fato que torna impositiva a confirmação da qualificadora na pronúncia, pois o afastamento de qualquer qualificadora depende de prova clara e insofismável da impossibilidade de sua caracterização. Se houver indícios de ocorrência, a decisão deve ser remetida ao Conselho de Sentença. Atente-se:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PLANO. IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECOTE DAS QUALIFICADORAS. QUESTÃO AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. CONTINUIDADE DELITIVA. MATERIA AFETA A APLICAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EM PRONÚNCIA. RECURSO IMPROVIDO. Lastreando-se a decisão de pronúncia em indícios de autoria e prova irrefutável de materialidade, basta ao Juiz externar as razões de seu convencimento para submeter o recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri, afigurando-se preponderante nesta fase processual o aforismo in dubio pro societate. A absolvição sumária, pautada no reconhecimento da excludente de ilicitude, deve ser deliberada se as provas carreadas aos autos afigurem-se absolutamente conclusivas a este respeito. Se a qualificadora prevista em denúncia se mostra consentânea à versão fática emanada da instrução processual, não se há falar em seu afastamento em sede de decisão de pronúncia. Pleitos referentes à aplicação da pena não devem ser apreciados na fase da pronúncia que se limita à aferição dos elementos de convicção judicializados mínimos relativos à autoria, materialidade e definição jurídica do fato".* (TJMG; RSE 1.0105.15.000495-7/001; Rel. Des. Matheus Chaves Jardim; Julg. 17/03/2016; DJEMG 04/04/2016).

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de maio de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0001709-02.2015.8.12.0110 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CRIME DE AMEAÇA PRATICADO PELO GENRO CONTRA A SOGRA – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/06 – CONEXÃO COM A CONTRAVENÇÃO DE VIAS DE FATO PRATICADA PELO MARIDO CONTRA A MULHER (ART. 76 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – CONTEXTO E EPISÓDIO SIMULTÂNEOS – CONFLITO IMPROCEDENTE.

É da competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher apurar a prática do delito de ameaça, cujas partes são genro e sogra, uma vez que, ainda que não possuam relação íntima de afeto, possuem parentesco por afinidade, restando evidenciado que a prática delitiva ocorreu em razão da vulnerabilidade da vítima em relação a seu agressor, caracterizando, assim, a violência de gênero a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha.

Se o crime de ameaça, praticado em face da sogra, ocorreu no mesmo local e contexto fático e pelo mesmo agente que praticou a contravenção penal de vias de fato contra a mulher, a hipótese é de conexão, nos termos do art. 76, I e III, do CPP, justificando a competência da Vara da Violência Doméstica.

Conflito conhecido e 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, com o parecer, conhecer e julgar improcedente o conflito.

Campo Grande, 2 de junho de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em face do Juízo de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Central, ambos da comarca de Campo Grande/MS, que se deu por incompetente para processar e julgar o delito de ameaça (art. 147 do CP), supostamente praticado por M. D. de A. contra sua sogra R. M. R.

Alega o juízo suscitante a inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Segundo ele, a Vara da Violência Doméstica possui atribuição exclusiva para processar e julgar causas criminais em razão do gênero, sustentando, ainda, que as partes possuem entidade familiar própria e ambiente doméstico autônomo, morando cada qual em casas diversas, não caracterizando, portanto, violência doméstica.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 123/129, opina pelo reconhecimento da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como competente para processar e julgar o feito.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em face do Juízo de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Central, ambos da comarca de Campo Grande/MS, que se deu por incompetente para processar e julgar o delito de ameaça (art. 147 do CP), supostamente praticado por M. D. de A. contra sua sogra R. M. R.

Alega o juízo suscitante a inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06. Segundo ele, a Vara da Violência Doméstica possui atribuição exclusiva para processar e julgar causas criminais em razão do gênero, sustentando, ainda, que as partes possuem entidade familiar própria e ambiente doméstico autônomo, morando cada qual em casas diversas, não caracterizando, portanto, violência doméstica.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 123/129, opina pelo reconhecimento da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como competente para processar e julgar o feito.

É o que basta para analisar a pretensão.

O presente conflito é de ser conhecido, porém, desprovido, porquanto cabível, na espécie, a aplicação da Lei nº 11.340/06, que tem como finalidade criar formas de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, § 8º, da Constituição Federal, e, por outro lado, porque as condutas (ameaça e vias de fato) supostamente praticadas por M. D. de A. ocorreram no mesmo contexto de espaço e tempo, em nítida conexão instrumental.

Segundo consta, "*no dia, hora e local mencionados na denúncia, o denunciado M. D. de A. agrediu sua ex-convivente K. M. R. com socos e chutes em sua barriga, **momento em que ameaçou bater em sua sogra R. M. R. caso ela o procurasse***." Grifei.

A lei especial é clara ao prever a configuração de violência doméstica se o fato (delito) ocorrer no âmbito familiar. Confira-se o que dispõe o art. 5º, II, da Lei nº 11.340/06:

> *"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
>
> *(...)*
>
> *II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, **por afinidade** ou por vontade expressa."* Destaquei.

A propósito, transcrevo ementa extraída da obra, Lei Maria da Penha, editada por Rogério Sanches Cunha, 5ª edição, Revista dos Tribunais, p. 58/59. Confira-se:

> *"Conflito de competência. Ofensa moral e ameaça de morte entre nora e sogra. Âmbito familiar. Violência doméstica. Lei Maia da Penha. Competência da vara criminal e não do Juizado Especial Criminal. Tendo sido, a conduta da suposta agressora, praticada*

contra a sua sogra, dentro do ambiente familiar/doméstico, e sentindo-se, a vítima, ameaçada e ofendida moralmente, o fato se enquadra nos termos da Lei 11.340/2006 – Lei 'Maria da Penha'. Dessa sorte, a competência para processamento e julgamento do feito é da Vara Criminal, e não do Juizado Especial Criminal, nos termos do que disciplina os arts. 33 e 41 da lei. Conflito improcedente" (TJRS, CJur 70046568010, j. 26.12.2011, rel. Catarina Rita Krieger Martins).

Destaco ainda julgados deste Egrégio Tribunal (sem grifo na fonte):

> *"EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PROCESSO PENAL – VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER X JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – CRIME DE AMEAÇA CONTRA SOGRA, SOGRO E CUNHADO – MOTIVAÇÃO DE GÊNERO EM RELAÇÃO À VÍTIMA MULHER – APLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA – CRIME COMUM EM RELAÇÃO ÀS VÍTIMAS HOMENS – DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO – PARCIAL PROCEDÊNCIA.* ***Sendo o fato criminoso praticado contra sogra****, sogro e cunhado* ***resta caracterizado não apenas a motivação de gênero como a existência de relações domésticas e familiares entre os envolvidos, tratando-se de competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar apenas com relação à vítima mulher, nos termos da Lei Maria da Penha*** *e Resolução 221/1994 TJMS, devendo ser desmembrado o processo em duas ações penais, fixando a competência da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher para ação penal tendo como vítima E. R. de A. F. e fixando a competência da 5ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal desta Capital para ação penal tendo como vítimas J. da C. M. e B. M.".* (Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 30/11/2015; Data de registro: 18/12/2015 – Proc. nº 1602096-87.2015).

> *"EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – SUSCITANTE: JUIZ DA VARA CRIMINAL RESIDUAL – SUSCITADO: JUIZ DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – DELITOS PRATICADOS PELO GENRO CONTRA SOGRA – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006- CONFLITO PROCEDENTE. 1-* ***É da competência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher apurar a prática dos delitos de lesão corporal e ameaça, cujas partes são genro e sogra, uma vez que, ainda que não possuam relação íntima de afeto, possuem parentesco por afinidade, restando evidenciado que as práticas delitivas se deram em razão da vulnerabilidade da vítima em relação a seu agressor, caracterizando, assim, a violência de gênero a ensejar a aplicação da Lei Maria da Penha.*** *2- Conflito conhecido e provido."* Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 03/09/2015; Data de registro: 04/09/2015 – Proc. nº 1601717-49.2015.

Na hipótese dos autos foi exatamente o que ocorreu. O denunciado M. D., após ter agredido sua ex-convivente, fez ameaças a sua sogra. Logo, a competência é da Vara da Violência Doméstica, porquanto abarcada pela lei especial.

Como visto, ainda que o autor e a vítima não possuam relação íntima de afeto (eis que se trata de genro e sogra), possuem parentesco por afinidade, sendo que a ameaça ocorreu em contexto doméstico familiar, relacionada à condição de a vítima ser mulher. Desse modo, é evidente que o fato guarda correlação com o gênero e foi resultante da fragilidade, vulnerabilidade e hipossuficiência da vítima em relação a seu genro.

De tal forma, conclui-se que o Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher possui a competência para julgar o crime em questão.

Não bastasse, a competência é absoluta, pois estabelecida em razão da matéria, daí porque atrai eventuais infrações conexas, prorrogando-se a competência do juízo especializado, inclusive na hipótese de prolação de sentença absolutória em relação à infração que originariamente deu causa à *vis attractiva* (art. 81 do CPP).

Tal mecanismo processual tem como finalidade afastar o risco de decisões conflitantes, representando, além disso, instrumento de efetivação da celeridade e economia processual, bem como de consolidação do contraditório e da ampla defesa, uma vez que permite que os fatos sejam julgados em conjunto, a partir das provas reunidas em processo único. Nesse sentido:

> *"PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – DESCUMPRIMENTO JUDICIAL DE MEDIDA PROTETIVA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – CONEXÃO – COMPETÊNCIA DA VARA RESPONSÁVEL PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – IMPROCEDÊNCIA. O crime de desobediência à ordem judicial, referente à medida protetiva em situações de violência doméstica, deve tramitar no mesmo Juízo competente para apreciar este último delito, ante a conexão com as condutas tipificadas na Lei Maria da Penha."* (Autos n. 2012.001713-6 – Órgão Julgador – Primeira Câmara Criminal – Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos – julgamento em 13/02/2012).

> *"EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VARA CRIMINAL DE COMPETÊNCIA ESPECIAL – CRIME DE MAUS TRATOS – ARTIGO 136 DO CÓDIGO PENAL – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFLITO PROCEDENTE. O crime de maus tratos, em tese praticado contra a criança, está ligado circunstancialmente ao crime de ameaça, verificando-se a conexão instrumental entre eles, prevista no artigo 76, III, do CPP, pois foi cometido no mesmo episódio em que ocorreu a ameaça e a vias de fato, motivo pelo qual é de competência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher o processamento e julgamento da ação penal originária." (*Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 09/03/2016 – Proc. nº 1602594-86.2015.8.12.0000).

> *"EMENTA - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – LESÕES CORPORAIS E VIAS DE FATO PRATICADO POR FILHO EM FACE DOS PAIS - LEI MARIA DA PENHA – INCIDÊNCIA – CONFLITO PROCEDENTE. Para a configuração de violência doméstica, basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Se o crime de lesão corporal, em face a vítima do sexo masculino (pai) foi praticado no mesmo local e contexto fático e pelo mesmo agente que praticou a contravenção penal de vias de fato contra a sua mãe, a hipótese é de ações em conexão, nos termos do art. 76, I e III, do CPP, justificando a competência da Vara da violência doméstica. Conflito conhecido e provido." (*Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 27/08/2015; Data de registro: 31/08/2015. Processo nº 1601675-97.2015.8.12.0000).

E o art. 76, I e III, do Código de Processo Penal estabelece:

> *"Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*
>
> *I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;*
>
> *(...)*

> *III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.*

Por fim, atente-se para o que determina a Resolução nº 221, de 1º de setembro de 1994, emitida por este Tribunal de Justiça:

> *"Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:* (alterado pelo art. 2º da Resolução n. 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/6/2007.)
>
> *k) aos das Varas da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher:*
>
> *1. 1ª e 2ª Varas, a competência para processar e julgar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, excetuada a competência da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher."*

Portanto, é competente para processar e julgar o delito em questão o Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta comarca de Campo Grande/MS.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, conheço do pedido e voto pela improcedência do conflito negativo de competência, declarando competente para processar e julgar o feito o Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Campo Grande.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, conheceram e julgaram improcedente o conflito.

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 02 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001989-41.2008.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA AGRAVADA – FALSIDADE IDEOLÓGICA – PRELIMINAR – NULIDADE PROCESSUAL – AFASTADA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CRIMES CONFIGURADOS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – TESE AFASTADA – REDUÇÃO DA PENA-BASE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PENA APLICADA MANTIDA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS OBJETIVAMENTE – FIXAÇÃO ADEQUADA – RECURSO DESPROVIDO. DE OFÍCIO – ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – RELAÇÃO PREFERENCIAL DA VÍTIMA – RECOMPOSIÇÃO DO DANO.

Nenhum ato será declarado nulo, se não ficar comprovado o fato que teria dado origem a alegação de nulidade, de modo a resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, o que não ocorreu no caso.

No crime de apropriação indébita a característica marcante do delito é a existência da quebra de confiança. Além disso, a entrega do bem pela vítima deve ser voluntária e deve estar desvigiada. Em se tratando de caso em razão da profissão de advogado, há maior reprovabilidade do fato praticado pelo apelante. A falsidade ideológica tem como bem jurídico penalmente tutelado a fé pública. Os interesses sociais exigem que os documentos sejam confiáveis, para isso, devem ser cercados de proteção. O suporte fático e probatório, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar a condenação.

No caso em exame, é insuscetível a aplicação do princípio da consunção entre o crime de apropriação indébita e o crime de falsidade ideológica. Isto porque, como se verifica, não existe similitude com relação aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais em questão. O crime de apropriação indébita tem como bem penalmente tutelado o patrimônio, já o crime de falsidade ideológica é a fé pública. Os delitos cometidos foram autônomos, não havendo o nexo de dependência ou subordinação entre eles. As condutas típicas foram absolutamente independentes.

Na etapa inicial da dosimetria, o magistrado sentenciante deve fixar a pena-base considerando a avaliação das circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal que, se fundamentadamente valorada, deve ser mantida a elevação acima do mínimo legal.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vista ou em parcelas, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos. 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. No caso, deve ser mantida a prestação pecuniária fixada com destinação à vítima para a recomposição dos danos sofridos.

Constou da sentença que a prestação pecuniária deveria ser destinada a entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções. No entanto, o § 1º, do art. 45, do Código Penal estabelece

que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O dispositivo legal traz uma relação preferencial expressa. Assim, os valores somente poderão ser destinados a uma entidade pública/privada, caso não tivesse tido dano a ser recomposto, o que ocorreu na hipótese dos autos, pelo que, *de ofício*, deve ser altera a sentença, nessa parte, para estabelecer a destinação à vítima.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Vogal. Por unanimidade, alteraram a sentença de ofício.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Elcilande Serafim de Souza contra a sentença de fls. 219-228 que o condenou à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, com substituição por duas penas restritivas de direitos, por infração ao art. 168, § 1º, III e art. 299, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal.

O apelante, pelo recurso interposto (fls. 243-263), requer a reforma da sentença, alegando, em preliminar, nulidade processual, ao argumento de que, encontrava-se presente na audiência, entretanto, por falha no pregão, teria constado como ausente.

No mérito, requer a sua absolvição, com a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e do princípio da intervenção mínima/fragmentariedade.

Alternativamente, requer a aplicação do princípio da consunção para que o crime de falsidade ideológica seja absorvido pelo crime de apropriação indébita.

Requer ainda a redução da pena-base no mínimo legal e da prestação pecuniária.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 268-290, requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 297-311, manifestou-se, opinando pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Elcilande Serafim de Souza, qualificado nos autos, contra a sentença de fls. 219-228 que o condenou à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias

de reclusão, em regime aberto, com substituição por duas penas restritivas de direitos, por infração ao art. 168, § 1º, III e art. 299, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal.

Segundo dispôs a denúncia:

> *"O denunciado, valendo-se da sua profissão de advogado, apropriou-se da importância de R$ 8.954,67 (oito mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), pertencente à vítima Eliane Escobar Gonçalves.*
>
> *Segundo apurado, o denunciado atuou como advogado da vítima em uma ação trabalhista movida em desfavor da Agropecuária Primavera, na Vara do Trabalho de Aquidauana, na qual obtiveram êxito, cabendo à ora vítima receber a importância de R$ 11.954,67 (onze novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), já descontados os valores referentes a honorários advocatícios e tributos.*
>
> *Ocorre que, por ter se mudado desta cidade, a vítima outorgou uma procuração a sua genitora, Sra. Elizete Escobar, para que pudesse receber a sua verba trabalhista.*
>
> *Todavia, o denunciado recebeu o valor, na qualidade de advogado, mas repassou somente R$ 3.000, 00 (três mil reais) à reclamante, apropriando-se do restante do dinheiro."*
>
> *Narra ainda os autos que durante o trâmite do inquérito policial, o denunciado apresentou à autoridade policial um recibo assinado pelo procuradora da vítima, Elizete Escobar, dando plena quitação acerca do recebimento integral do valor da condenação.*
>
> *Ocorre que, na verdade, o denunciado inseriu declaração falsa em documento particular, no caso o integral repasse que de fato não houve, induzindo a procuradora da vítima em erro, pois se tratava de pessoa com pouca instrução e que estava sem seus óculos no momento da assinatura, sendo que o denunciado ainda disse à mesma que tal documento serviria para o saque do valor que ainda era devido a sua filha."*

O apelante, pelo recurso interposto (fls. 243-263), postula a reforma da sentença, alegando, em preliminar, nulidade processual, ao argumento de que se encontrava presente no local da audiência designada para a oitiva da vítima, por carta precatória, entretanto, por falha no pregão, teria constado como ausente.

No mérito, requer a sua absolvição, com a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e do princípio da intervenção mínima/fragmentariedade.

Alternativamente, requer a aplicação do princípio da consunção para que o crime de falsidade ideológica seja absorvido pelo crime de apropriação indébita.

Requer ainda a redução da pena-base no mínimo legal e da prestação pecuniária.

Passo ao exame do recurso.

Quanto à preliminar de nulidade:

Argumenta o apelante, que por estar atuando em causa própria, se encontrava presente no local da audiência, entretanto, por falha no pregão, teria constado como ausente. Que tal fato causou prejuízo à sua defesa.

Para o exame dessa pretensão, importante tecer um breve relato sobre as peculiaridades do caso.

O Ministério Público Estadual denunciou o apelante por infração ao art. 168, § 1º, III e art. 299, *caput*, ambos do Código Penal.

Verifica-se dos autos que à fl. 89 foi determinada a expedição de carta precatória para a Comarca de Ribas do Rio Pardo/MS para a oitiva da vítima.

Conforme cópia do termo de audiência de fl. 132, o ato processual realizou-se no juízo deprecado no dia 23 de maio de 2012. Consta do referido termo que foi nomeado defensor *ad hoc* para a defesa do réu, ora apelante. Constata-se dos autos, portanto, que o apelante, que também advogava em causa própria, não estava presente no ato da audiência, conforme constou do referido termo de audiência.

O apelante alega, de forma genérica, que teria havido falha no pregão, porque se encontrava no juízo deprecado para a audiência.

Assento que a alegação de nulidade não merece prosperar, isto porque, embora o apelante tenha afirmado que estava presente no local da realização da audiência, no entanto, por falha no pregão, teria constado como ausente, não trouxe aos autos qualquer prova concreta dessa alegação.

Como é conhecimento mediano, é princípio geral de direito que "o que não está nos autos, não está no mundo".

A par disso, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ) de primeiro grau, verifica-se da carta precatória nº 0000165-94.2012.8.12.0041, no Juízo Deprecado, que consta certidão cartorária nos seguintes termos:

> *"CERTIFICO, para os devidos fins, que compareceu em cartório* ***o acusado/ advogado Elcilande Serafim de Souza, e requereu que fosse consignado nos autos que estava presente neste juízo, mais precisamente na frente do fórum****, no momento em que foi realizado o pregão. Dou fé. Ribas do Rio Pardo (MS), 23 de maio de 2012."* (grifo meu).

Da referida certidão, conclui-se, claramente, que o réu, advogado em causa própria, não estava no local da audiência, no momento desta, pois, conforme a certidão acima, a pedido e por informação do próprio réu, estava *"na frente do fórum"*. Aliás, essa certidão só pode ser constatada em consulta aos autos da carta precatória, eis que o apelante sequer trouxe aos autos em qualquer momento, limitando-se a alegar que *"se encontrava presente no local da audiência"*, o que não restou demonstrado. Ao contrário, da certidão consta, como dito, que o apelante, advogado em causa própria, teria pedido que fosse consignado que estava *"na frente do fórum"*. Ora, essa alegação, além de ter sido feita pelo próprio réu/advogado, sem qualquer comprovação efetiva, estar na frente no Fórum não é o local da audiência, onde é feito o pregão.

Consequentemente, não há que se alegar prejuízo à defesa, tampouco como reconhecer essa alegação, por ato que o apelante, advogando em causa própria, pelo que consta dos autos, ele mesmo deu causa, eis que, como já dito, se estava "*na frente do fórum*", não estava no local apropriado de realização de pregão de audiência.

Diante das constatações acima feitas, o apelante não comprovou o fato alegado, pelo que rejeito a preliminar arguida.

Quanto ao mérito:

Do pedido de absolvição.

O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III, e art. 299, *caput*, c/c art. 69, todos do Código Penal, porque, segundo a denúncia, apropriou-se indevidamente da quantia de R$ 8.954,67 (oito mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), pertencente à vítima Eliane Escobar Gonçalves.

Consta da denúncia que o apelante atuou como advogado da vítima na ação trabalhista, na qual obtiveram o recebimento da importância de R$ 11.954,67 (onze mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), tendo repassado somente R$ 3.000,00 (três mil reais), apropriando-se do restante do dinheiro.

Consta ainda que o denunciado inseriu declaração falsa em documento particular de repasse integral, que de fato não houve, induzindo a procuradora da vítima, que era também a sua mãe, em erro, pois pessoa de pouca instrução.

O julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Verifica-se que o suporte fático probatório é suficiente para ensejar um juízo condenatório, haja vista que é capaz de evidenciar a materialidade e autoria do fato delituoso em questão.

Consta dos autos termo de representação, pelo comparecimento de Elizete Escobar, na Promotoria de Justiça (fl. 07):

> *"Que a declarante conta com 54 anos de idade; que a declarante é mãe de Eliane Escobar Gonçalves, que atualmente reside no Rio Pardo/MT; que Elaine contratou os serviços advocatícios do advogado Sr. Elcilande Serafim de Souza, no ano de 2007, para atuar em causa trabalhista, cf. Extrato em anexo; que na Reclamação trabalhista foi homologado os cálculos trabalhistas fixando o valor de R$ 18.563,50 como débito da Reclamada, cf. Extrato em anexo; que sua filha então, fez uma procuração para a declarante para fins de recebimento do valor acima fixado, cf. Cópia em anexo; que referido advogado fez um depósito bancário na conta da declarante (Caixa Econômica) no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais); um cheque no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais) e outro cheque no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais); que recebeu apenas o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais) e nada mais até a data de hoje; que já se cansou e procurar referido advogado que sempre evitar atender a declarante ou manda a declarante voltar em outra hora (...); que Elcilande atua como advogado do Sindicato dos Trabalhadores nesta cidade e por muitas vezes esteve no referido Sindicato tentando conversar com Elcilande que se recusa em atender ou usa de artifícios para enrolar as pessoas ali presentes (...)"*

No mesmo sentido, as declarações prestadas na fase investigativa (fl. 11):

> *"(...) valor este que ele ainda não pagou a sua filha, sendo que a declarante e sua filha já o procurou por várias vezes porém ele não lhe da mínima satisfação e fica apenas lhe enrolando e nunca acerta com sua filha e por último mandou que a declarante procurasse os seus direitos e que a ele não iria lhe pagar mais nada a sua filha (...)"*

Nessa mesma fase, disse o apelante que (fl. 17):

> *"(...) e o valor líquido que o declarante repassou para a procuradora da sra. Eliane Escobar Gonçalves que é a mãe dela, sra. Elizete Escobar o valor de R$ 11.954,67 (onze mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), valor este que foi pago em dinheiro (papel moeda)".*

Consta na fase investigativa, ainda, o depoimento de Idemar Quadros Machado, no seguinte sentido:

> *"(...) que trabalha como moto táxi e durante o espaço de um ano fez aproximadamente umas quarenta corridas para a sra. Elizete Escobar, e sempre o destino era levar a sra. Elizete do escritório do Advogado Elcilande Serafim de Souza, para a casa dela; Que sempre no caminho a sra. Elizete comentava como o depoente que tinha um dinheiro*

para receber do advogado Elcilande de uma causa que ele havia ganho e que não havia repassado o dinheiro para ela (...)".

Consta dos autos, na fase judicial, o depoimento de Elizete Escobar (fls. 90-91):

> *"(...) que o réu ligou para a depoente dizendo que recebeu o dinheiro querendo o número da conta para fazer o depósito; que nessa época ele depositou R$ 2.000,00; que posteriormente ele repassou R$ 400,00 em dinheiro; que posteriormente ele repassou R$ 400,00 em dinheiro, que posteriormente ele repassou um cheque de terceiro no valor de R$ 600; que sacou o dinheiro de R$ 600,00 em cheque; que a depoente ia até o sindicato por várias vezes para pegar o valor; que o Dr. Elcilande pedia para a depoente voltar depois (...); que uma vez assinou um papel em branco no escritório do Dr. Elcilande, que confirma a assinatura do recibo de fl. 20; que quando a depoente assinou o documento em branco havia apenas uma linha na folha, que teve muito gasto com mototáxi para ir diversas vezes ao sindicato (...), que a depoente é analfabeta e sabe no máximo escrever o próprio nome, que não sabe ler, apenas escrever o nome; que o réu falou para ela assinar o documento em banco para que o réu pudesse receber o dinheiro; que a depoente acreditou que a assinatura era apenas para tirar o dinheiro (...)".*

A corroborar esse testemunho, está o testemunho de Idemar Quadros Machado (fl. 92):

> *"(...) que trabalha como mototaxista, que trabalhou como mototaxista para Elizete Escobar, que acredita que em 2008 para 2009, fez diversas corridas pela Elizete, que chegou a faser corridas até duas vezes por semana; que trazia Elizete no sindicato dos trabalhadores rurais, em frente ao Iagro; que ela dizia que tinha dezoito mil reais para receber do Dr. Elcilande, mas não recebia o valor, que ela disse que recebeu apenas R$ 3.000,00, que ela falava que não tinha recebido o valor integral (...)".*

No mesmo sentido, está o depoimento da vítima Eliane Escobar Gonçalves (fl. 133), corroborando que a sua mãe e procuradora *"não sabe ler, ela só sabe escrever o nome dela (...)".*

Como bem ponderou o Magistrado prolator da sentença:

> *"A vítima, representada por sua genitora e procuradora (instrumento de procuração pública de fl.17), formalizou boletim de ocorrência, no qual informa que contratou os serviços advocatícios do réu em 2007 e que os cálculos trabalhistas foram homologados no valor de R$ 19.563,50 (dezenove mil, quinhentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos).*
>
> *Afirma, ainda, que o réu lhe repassou apenas R$ 3.000,00 (três mil reais), representados por dois depósitos bancários em sua conta, R$ 400,00 (quatrocentos reais) em espécie e um cheque no valor de R$ 600,00 (seiscentos) reais e, apesar de ter comparecido inúmeras vezes ao escritório do réu, nada mais teria recebido do réu referente a ação trabalhista.*
>
> *O réu, por sua vez, confirma em seus depoimentos que recebeu o valor destinado à reclamante, conforme especificado no Alvará de fl. 18, ou seja, R$ 11.954, 67 (onze mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), porém afirma que em agosto de 2008 repassou tal valor à procuradora/genitora da vítima, conforme recibo de fl. 19.*
>
> *Extrai-se dos autos que a genitora da vítima é pessoa de pouca instrução, conforme ela própria afirma à fl. 90. A vítima, por sua vez, era trabalhadora rural e procurou o réu porque ele era, à época, também advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais deste município.*

> *Em todas as oportunidades em que foi ouvida, tanto na Delegacia (fl. 05, 11, e 20) quanto em Juízo (fls. 90/91), a procuradora da vítima, sra. Elizete Escobar, sempre manteve uma versão coerente, sem distorções, principalmente quanto aos valores que lhe foram repassados pelo réu. Apresentou, ainda, às fls. 21/22, extrato de uma conta poupança da Caixa Econômica Federal, em seu nome, demonstrando depósitos que afirma que foram efetuados pelo réu. Sendo certo que tais depósitos foram realizados dois dias depois da data que consta o recibo de fl. 19.*
>
> *Corroborando a versão de Elizete Escobar, tem-se o depoimento prestado por Idemar Quadros Machado, mototaxista que sempre a levava quando esta ia falar com o réu:*
>
> *(...)*
>
> *Outrossim, caso tivesse recebido o valor da ação trabalhista, e que consta do recebido datado de 2007 apresentado pelo réu, não teria porque a procuradora da vítima se deslocar com mototaxista, nos anos de 2008 e 2009, para ir cobrá-lo em seu escritório ou no sindicato.*
>
> *Por outro lado, ao ser-lhe apresentado citado recibo, o qual estava em poder do réu, esta não existo em confirmar que a assinatura era sua. Entretanto, reafirmou que não recebeu o valor nele especificado, esclarecendo que quando o documento lhe foi apresentado pelo réu, disse a ele que não o assinaria porque estava sem óculos, momento em que foi tranquilizada sob o argumento de que não precisava se preocupar pois o documento seria utilizado para a retirada do dinheiro do banco."*

Por certo, não se pode negar que pelo apelante foi apresentado o recibo de pagamento de fl. 19. Entretanto, as peculiaridades acima apontadas autorizam concluir que o fato imputado ao apelante, de fato, ocorreu. Isto é, que o recibo não condiz com a realidade.

Em recente julgado do STJ, foi concluído que:

> *"É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado."*[1]

O art. 239 do Código de Processo Penal, estabelece:

> *"Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."*

A Doutrina, em comentários ao artigo de lei, orienta:[2]

> *"Assim, valemo-nos, no contexto dos indícios, de um raciocínio indutivo, que é o conhecimento amplificado pela utilização da lógica para justificar a procedência da ação penal. A indução nos permite aumentar o campo do conhecimento, razão pela qual a existência de vários indícios torna possível formar um quadro de segurança compatível com o almejado pela verdade real, fundamentando uma condenação ou mesmo uma absolvição".*

Somado a isso, ainda está o sistema do livre convencimento motivado, que rege o processo penal.

1 AgRg no AREsp 684653 / MG.

2 Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. p. 551.

Nesse sentido, os julgados dos Tribunais Pátrios:

> *"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - DESCABIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS -NEGATIVAS ISOLADAS - VALOR PROBATÓRIO DOS INDÍCIOS - CONJUNTO DE PROVAS - CONDENAÇÃO LANÇADA - DECOTE DAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE - CAUSAS DE AUMENTO NO ROUBO - FRAÇÃO DE AUMENTO MANTIDA - NECESSIDADE DE ANALISAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSOS NÃO PROVIDOS."*[3] *1 - Diante do sistema da livre convicção do juiz, encampado pelo Código Penal, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas. II - A existência de um conjunto de indícios, revestidos de credibilidade, é suficiente para basear uma decisão condenatória, mormente quando exclui qualquer possibilidade favorável ao acusado."*

Na mesma esteira julgado do STF:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente* (HC 96062, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 Divulg 12-11-2009 Public 13-11-2009 Ement Vol-02382-02 PP-00336). *2. O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta."*[4]

Dessa forma, em vista dos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso de apropriação indébita, bem assim da falsidade ideológica, pois é manifesto que o apelante tinha o fim especial de agir para prejudicar o direito da vítima e de alterar a verdade com a assinatura do recibo de pagamento pela procuradora/mãe da vítima, fazendo constar valor diverso do que efetivamente a entregou.

Enfim, como a prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação, a condenação deve ser mantida.

O apelante pugna, ainda, pela sua absolvição, com fundamento no princípio da fragmentariedade/intervenção mínima.

3 TJ-MG, APR 10083120017237001.

4 HC 103118 / SP - São Paulo.

Segundo orienta o STJ, *"A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade."* [5]

Não se pode esquecer que no crime de apropriação indébita a situação é de quebra de confiança. Isso, por si só, já justifica a atuação do direito penal, sobretudo por se tratar de um advogado, função essencial à administração da justiça.

No crime de falsidade ideológica, a fé pública é o bem jurídico penalmente tutelado, que justifica a tutela com vistas aos interesses sociais que exigem que os documentos sejam confiáveis.

Por isso, se justifica a tutela penal no caso em comento, não tendo como se admitir a absolvição do apelante com a aplicação do princípio da intervenção mínima/fragmentariedade.

Do pedido de aplicação do princípio da consunção.

Como bem se sabe, 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.

Sobre o tema, foi o que esclareceu a eminente Ministra Laurita Vaz no âmbito do voto proferido no HC/SP 217321, de sua relatoria, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos:

> *"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA E HOMICÍDIO TENTADO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.Para a aplicação do princípio da consunção, pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de consuntos, que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave, nos termos do brocardo lex consumens derogat legi consumptae.2. A conduta de portar arma ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de homicídio, quando restar evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência ou subordinação.3. Habeas corpus denegado.(HC 217.321/SP, Rel. Ministra Nesse mesmo sentido, é a lição de Damásio Evangelista de Jesus, in verbis:"O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que major absorbet minorem. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de minus a plus, de conteúdo a continente, de parte e todo, de meio e fim, de fração a inteiro."* (*in* Direito penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p.114).

Na situação sob análise, é insuscetível a aplicação do princípio da consunção entre o crime de apropriação indébita e o crime de falsidade ideológica. Isso porque, como se verifica, não existe similitude com relação aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais em questão. O crime de apropriação indébita tem como bem penalmente tutelado o patrimônio, já o crime de falsidade ideológica tem a fé pública. Os delitos cometidos foram autônomos, não havendo o nexo de dependência ou subordinação entre eles. As condutas típicas foram absolutamente independentes.

Incabível a aplicação do princípio da consunção ao caso em tela, pois os crimes cometidos são distintos, autônomos, não se constituindo a conduta de um como meio necessário ou etapa de preparação/execução de outro crime.

5 HC 50.863/PE.

Do pedido de redução da pena-base.

Para o exame do pleito recursal, hei por bem colacionar o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da etapa inicial da dosimetria:

> *"Assim, a condenação do acusado é de rigor, pelo crime de apropriação indébita. Passa-se, assim, à aplicação da pena.*
>
> *Na primeira fase de aplicação da pena, verifica-se que o réu não possui antecedentes criminais. A culpabilidade do autor dos fatos não é comum, pois se trata de pessoa que cometeu o delito em detrimento pessoas de pouca instrução. Não foi possível aferir sua conduta social e sua personalidade. Os motivos indicam que o acusado agiu assim para enriquecimento ilícito. As circunstâncias do crime estão relatados nos autos, nada tendo a se valorar. As consequências são significativas, posto que até hoje a vítima não recebeu a importância a que tinha direito em razão do trabalho prestado e, cuja ação foi manejada em desfavor de seu empregador. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática delitiva. Assim, fixo, inicialmente a pena em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa, da mesma maneira, fica estabelecida em 15 (quinze) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase de aplicação da pena, não se verificam quaisquer circunstâncias agravantes e atenuantes, pelo que se mantém a mesma pena.*
>
> *Na terceira fase, reconhece-se o aumento previsto inciso III, do §1º, art. 168, do Código Penal Brasileiro, razão pelo qual a pena deve ser majorada em 1/3 (um terço), ficando estabelecida em 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além da pena de multa 20 (vinte dias-multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido.*
>
> *3.2. DA FALSIDADE IDEOLÓGICA*
>
> *De acordo com a denúncia, o acusado inseriu declaração falsa em documento particular com o intuito de prejudicar direito de terceiro, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante. No presente caso, confeccionou um recibo onde a procuradora da vítima declara que recebeu o valor integral a que aquela tinha direito conforme especificado no Alvará Judicial emitido pela Justiça do Trabalho à fl. 18.*
>
> *Conforme se extrai do depoimento da procuradora da vítima, tal documento foi apresentado pelo réu pedindo que o assinasse pois seria utilizado para sacar o dinheiro no banco, entretanto, afirmou tanto em sede policial quanto em Juízo, que não recebeu o valor nele especificado, embora a assinatura, de fato, seja sua.*
>
> *Assim, tudo está a indicar que o documento não passa de um meio ardiloso utilizado pelo réu para ludibriar a vítima e frustrar a persecução penal.*
>
> *Deste modo, a condenação do acusado é de rigor, pelo crime de falsidade ideológica. Passa-se, assim, à aplicação da pena.*
>
> *Na primeira fase de aplicação da pena, verifica-se que o réu não possui antecedentes criminais. A culpabilidade do autor dos fatos não é comum, pois se trata de pessoa que cometeu o delito em detrimento pessoas de pouca instrução. Não foi possível aferir sua conduta social e sua personalidade. Os motivos indicam que o acusado agiu assim para enriquecimento ilícito. As circunstâncias do crime estão relatados nos autos, nada tendo a se valorar. As consequências são significativas, posto que até hoje a vítima não recebeu a importância a que tinha direito em razão do trabalho prestado e, cuja ação trabalhista foi manejada perante a Justiça do Trabalho em desfavor de seu empregador. O comportamento*

da vítima em nada contribuiu para a prática delitiva. Assim, fixo, inicialmente a pena em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa, da mesma maneira, fica estabelecida em 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, não se verificam quaisquer circunstâncias agravantes e atenuantes, pelo que se mantém a mesma pena.

Na terceira fase de aplicação da pena, inexistem causas de aumento e diminuição de pena, de modo que a pena fica estabelecida em definitivo em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido.

3.3. DO CONCURSO DE CRIMES.

O réu praticou os crimes de apropriação indébita e falsidade ideológica. São delitos autônomos e devem ser tratados na forma do concurso material.

Quanto ao princípio da consunção. In casu não há que se falar em absorção do delito de falsidade ideológica pelo crime de apropriação indébita, posto que o primeiro não serviu de meio para a consecução do segundo. Extrai-se dos autos que na data de 22.11.2007 foi expedido o Alvará Judicial em favor da vítima (fl 18). O recibo assinado pela procuradora da vítima está datado de 26.11.2007 (fl. 19) e, em 28.11.2007 foram realizados os depósitos na conta bancária (fls. 21/22). Deve, portanto, o agente responder pelas suas infrações penais em concurso material.

Logo, com a aplicação do art. 69 do Código Penal, as penas devem ser somadas. Realizada a somatória, tem-se que a pena do réu fica estabelecida em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além da pena de multa de 35 (trinta e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido.

O regime de aplicação da pena deve ser o aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, letra 'c', do Estatuto Repressivo. Ademais, as circunstâncias do crime e a culpabilidade do agente indicam que este regime é suficiente para a punição e reinserção social do acusado.

Quanto à pena privativa de liberdade, analisando o comportamento do réu, bem como seus antecedentes criminais, verifica-se que restaram preenchidos os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Convém mencionar que, pelo art. 44 do Estatuto Repressivo, o crime cometido não foi cometido com violência ou grave ameaça, bem como o requerido não é reincidente em crime doloso e, além do mais, a culpabilidade e personalidade indicam a substituição.

Sendo assim, substitui-se a pena privativa de liberdade em duas penas restritivas de direitos, expressas na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da condenação, em local a ser indicado pelo Juízo das Execuções Criminais, e na prestação pecuniária, de 10 (dez) salários mínimos a entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções. O valor indicado é elevado porque se trata de advogado, com diversas ações judiciais em trâmite, bem como em razão do grande prejuízo financeiro da vítima."

A partir dos fundamentos acima transcritos, o Magistrado prolator da sentença exasperou a pena-base dos crimes cometidos em 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias-multa acima do mínimo legal.

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa da circunstância judicial referente à culpabilidade, motivos e consequências do crime.

A culpabilidade é a reprovabilidade da conduta, diante dos elementos concretos disponíveis no caso em julgamento.

A forma em que foi valorada a circunstância judicial da culpabilidade se deu dessa forma, pelo que deve ser mantida.

Os motivos, por sua vez, constituem as razões que estimularam o agente à prática da infração penal. Desse modo, deve ser mantida também a valoração desgfavorável aplicada pelo magistrado sentenciante.

As consequências do crime, que abrange os danos causados pela infração penal. São os efeitos da sua conduta.

Nesse ponto, o que se busca é analisar o alarme social do fato, bem como sua maior ou menor repercussão.

Não se olvide que os elementos concretos constantes dos autos e postos pelo magistrado sentenciante corroboram a elevação da pena-base que deve ser mantida no patamar aplicado pela sentença.

Deve ser ressaltado 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.

Prevalece que o julgador tem certa margem de discricionariedade para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

O importante é evitar a arbitrariedade, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Com vistas ao crime cometido, mantenho a dosagem aplicada pelo magistrado sentenciante, na primeira fase, porque adequadamente valoradas as circunstâncias judiciais e suficientes o seu patamar de elevação.

Desse modo, fica a pena-base aplicada mantida, restando afastada essa pretensão recursal.

Do pedido de redução da prestação pecuniária.

A prestação pecuniária é uma pena restritiva de direito. Logo, ao contrário do que ocorre com a pena de multa, se o condenado não efetuar o pagamento devido, frustrando a sua execução, deve ser convertida em pena privativa de liberdade.

Não se olvide que a prestação pecuniária é mais favorável e vantajosa ao ofendido. Com efeito, é garantia de recomposição do dano causado pelo crime. Deve guardar correspondência com o montante aproximado do prejuízo experimentado. Aliás, o propósito da prestação pecuniária é reparar o dano causado pelo crime, se for o caso.

Aliás, o propósito da prestação pecuniária é reparar o dano causado pelo crime.

É claro que para a fixação do valor da prestação pecuniária, deve ser levado em consideração a situação econômica do condenado, aliado ainda a extensão dos prejuízos causados à vítima, de modo a se mostrar suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

A respeito do tema, leciona Fernando Capez:

> *"A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vista ou em parcelas, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos. 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".* [6]

Veja a Jurisprudência a respeito:

> *"Nos termos do § 1º do art.45 do Código Penal, a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal, motivo pelo qual não precisa guardar correspondência ou ser proporcional á pena privativa de liberdade irrogada ao acusado".* [7]

Na hipótese em epígrafe, observa-se que o magistrado prolator da sentença aplicou a pena privativa de liberdade acima do mínimo legal, substituindo-a por duas penas restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de dez salários mínimos.

Colhe-se dos autos que o apelante é advogado, com função junto ao sindicato dos trabalhadores rurais. Colhe-se dos autos ainda que o apelante é proprietário de casa e chácara (fls. 36-39).

Verifica-se, ainda, que existiu dano a ser recomposto, pois o crime praticado não causou danos à vítima.

Por fim, observa-se também que a pena privativa de liberdade foi fixada acima do mínimo legal.

Diante desse contexto, a pena pecuniária fixada está em proporção com a pena privativa de liberdade fixada, está de acordo com a condição econômica do apelante e adequada às circunstâncias do processo.

Com base nesses elementos, a pena pecuniária fixada deve ser mantida.

Por fim, entendo que a destinação da prestação pecuniária aplicada pelo magistrado sentenciante deve ser alterada. É que constou da sentença que a prestação pecuniária deveria ser destinada a entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções.

No entanto, o § 1º, do art. 45, do Código Penal estabelece que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

O dispositivo legal traz uma relação preferencial expressa. Assim, os valores somente poderão ser destinados a uma entidade pública/privada, caso não tivesse tido dano a ser recomposto à vítima, o que ocorreu na hipótese dos autos.

Dessa forma, mantenho a prestação pecuniária estabelecida pelo magistrado da origem, com alteração, *de ofício*, somente quanto à sua destinação, que deverá ser destinada à vítima, em conformidade com a ordem estabelecida no § 1º, do art. 45, do Código Penal, visto que houve prejuízo à vítima.

Diante do exposto, com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso interposto pela defesa, no entanto, *de ofício*, altero a parte da sentença quanto à destinação da prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, a fim de determinar que seja à vítima.

6 **Curso de direito penal: parte geral,** 4. ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 355

7 HC 144.299/PR, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 13.09.2011, v.U).

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Acompanho o e. relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques para rejeitar a preliminar de nulidade processual, manter a condenação do réu pelo delito de apropriação indébita e alterar a destinação da prestação pecuniária para a vítima.

No entanto, divirjo em relação ao crime de falsidade ideológica, pois tenho que aplicável ao caso o princípio da consunção.

De acordo com a denúncia, o apelante inseriu declaração falsa em documento particular (recibo), dando plena quitação acerca do recebimento integral do valor da indenização trabalhista no valor de R$ 11.954,67, mas repassou à vítima somente a quantia de R$ 3.000,00.

No caso, no depoimento da procuradora da vítima, o documento foi apresentado pelo recorrente pedindo que assinasse, pois seria utilizado para sacar dinheiro no banco, entretanto, isso não ocorreu embora a assinatura fosse de fato sua.

A meu ver, o crime de falsidade ideológica configura o crime-meio para a apropriação indébita, pois foi através do recibo falso que o apelante obteve a apropriação dos valores e, toda vez que a falsidade é endereçada a pratica da apropriação indébita, deve-se ter como caracterizado tão-só este último crime, vez que o primeiro delito, fica absorvido por aquele, sendo, de consequência impunível.

Sobre o princípio da absorção são elucidativos os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime.* ***Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração****".*
>
> *"Um fato típico pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior que não ofenda novo bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Podem ser lembrados, como exemplos de fato anterior impunível, a falsificação do cheque para obtenção da vantagem indevida no crime de estelionato".* (Tratado de direito penal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201 e 203). (destaquei)

Dessa forma, mantenho a pena definitiva de 01 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 20 dias-multa, em regime aberto aplicada para o crime de apropriação indébita, pois adequada ao caso concreto.

Diante do exposto, em parte com o parecer, divirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso interposto por Elcilande Serafim de Souza para, absolvê-lo da imputação pelo crime de falsidade ideológica, por aplicação do princípio da consunção, mantendo somente a condenação pelo crime apropriação indébita, à pena de 01 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 20 dias-multa, em regime aberto e quanto à destinação da prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos, a fim de determinar que seja à vítima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido em parte o vogal. Por unanimidade, alteraram a sentença de ofício.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0802397-16.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIMES AMBIENTAIS – RECURSO MINISTERIAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS RECEBIMENTO INICIAL E APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA PELO ACUSADO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO.

Não pode o juiz, após ter se manifestado sobre a admissibilidade da acusação, com o recebimento da denúncia, simplesmente voltar atrás, e rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa, em prejuízo à segurança jurídica, porquanto operada em relação ao magistrado a preclusão *pro judicato*.

Quando na denúncia os fatos tidos como delituosos imputados ao denunciado são devidamente descritos, ou seja, de forma clara e lógica, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua rejeição, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal, com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF.

É inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, o que enseja a denominada prescrição virtual ou antecipada, não admitida pelo STF e STJ, com reconhecimento, inclusive, de repercussão geral no STF e matéria sumulada no STJ, a teor do enunciado contido na Súmula 438. Soma-se a isso, ainda, a ausência de previsão legal para admissão dessa forma de prescrição.

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, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal (Des. Ruy Celso).

Campo Grande, 2 de maio de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito objetivando a reforma da decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que rejeitou a denúncia proposta contra João Braz da Silva Neto por infração aos arts. 38 e 48 da Lei n. 9.605/98, com fulcro no art. 395, III, CPP (fls. 1341-1349).

Sustenta, em preliminar, a nulidade da decisão, por ofensa ao procedimento estabelecido pelo Código de Processo Penal em seus artigos 395 e seguintes.

Sustenta que após o recebimento da denúncia, resta ao magistrado absolver sumariamente se verificar alguma das hipóteses previstas no art. 397 do Código de Processo Penal ou prolatar sentença condenatória ou absolutória.

No mérito, defende que existem elementos suficientes de que o réu utilizou, inclusive até os dias atuais, de uma construção em área de preservação permanente em infringência das normas de proteção, bem como que ele, inclusive por meio de terceiros, realizou a manutenção de adjacências do local, impedindo e dificultando a regeneração natural da vegetação existente na área de APP.

Desta feita, estando preenchidos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, pede a anulação da decisão ou sua reforma, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.

Prequestiona, por fim, os arts. 38 e art. 48 da Lei dos Crimes Ambientais e o art. 395, do Código de Processo Penal (fls. 1354-1377).

A defesa, em contrarrazões, requereu o improvimento do recurso ministerial (fls. 1456-1462).

Em juízo de retratação a decisão foi mantida (fl. 1463).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial (fls. 1471-1486).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito objetivando a reforma da decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que rejeitou a denúncia proposta contra João Braz da Silva Neto por infração aos arts. 38 e 48 da Lei n. 9.605/98, com fulcro no art. 395, III, CPP (fls. 1341-1349).

Narra a denúncia que:

> *"Nas margens do rio Ivinhema, em área de preservação permanente, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.651/12, nesta cidade e Comarca de Nova Andradina/MS, encontram-se edificadas diversas casas de veraneio, destinadas ao abrigo de seus proprietários e convidados em finais de semana.*
>
> *Ocorre que, desde o ano de 2000 até os dias atuais, o denunciado é proprietário e utiliza uma dessas construções localizadas dentro da área de preservação permanente do rio Ivinhema, inclusive erigida por ele, em desacordo com a legislação ambiental, nesta cidade e comarca de Nova Andradina/MS.*
>
> *Além disso, com a manutenção das adjacências do local para o seu uso, sob o argumento de realização de limpeza, inclusive por meio de terceiros, o denunciado impede e dificulta a regeneração natural da vegetação existente na área de preservação permanente, cuja função, dentre outras, é preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas."*

Diante desses fatos, o apelado foi denunciado pela acusação de cometimento dos delitos previstos nos arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98, c/c art. 69 do Código Penal.

Passo, então, ao exame do pleito contido no recurso.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra o recorrido, imputando-lhe os ilícitos previstos nos artigos 38 e 48 da Lei 9.605/98, c/c art. 69 ambos do Código Penal, tendo em vista a construção de moradia em área de preservação permanente e que com isso impede e dificulta a regeneração natural da vegetação existente na área de preservação permanente.

A denúncia foi recebida e determinada a citação do réu para apresentar resposta à acusação (fls. 1.332-1.333).

Logo depois, o magistrado rejeitou a denúncia pelos seguintes fundamentos:

> *"Os fatos aqui tratados guardam completa similitude com aqueles examinados nos autos 0000321-28.2010.8.12.0017.*
>
> *Naquela ocasião, consignei o seguinte na sentença:*
>
> *'Da leitura atenta à denúncia e ao seu aditamento conclui-se que o Ministério Público descreve um **único** fato delituoso: manutenção de ranchos com a consequente realização de roçada em seus entornos.*
>
> *Um único fato, para fins penais, pode ser enquadrado em apenas um tipo penal.*
>
> *O tipo penal do art. 38 se refere à destruição de florestas. Ocorre que o laudo pericial de f. 16-30 não apontou a existência de floresta alguma. Apontou justamente o contrário, isto é, que a mata ciliar já estava **destruída** pela construção anterior de ranchos.*
>
> *Se floresta já não havia em 2009, não há floresta para ser destruída.*
>
> *Note-se que o Ministério Público não acusa os réus de terem construído ranchos e com isso terem destruído a floresta. Acusa-os de manter esses ranchos. E mesmo que tivesse acusado de construí-los, a prova dos autos apontou que eles lá estão há mais de década, logo os crimes estariam prescritos.(destaquei)*
>
> *Resta enquadrar o único fato descrito pelo Ministério Público na letra do art. 48: impedir a regeneração de floresta ou outras formas de vegetação. Em verdade, os dois tipos penais são logicamente incompatíveis: ou o agente danifica a floresta – e portanto ela já existe – ou o agente dificulta sua regeneração, e ela ainda está a se formar. Um único dano a uma floresta não pode ser enquadrado, ao mesmo tempo, como impedimento de regeneração e destruição. Ou dá-se uma coisa, ou outra.*
>
> *Pois bem. Há elementos para crer que os agentes, ao manterem seus ranchos na área que deveria ser ocupada pela mata ciliar, impedem a regeneração da vegetação que ali deveria existir, tão necessária ao equilíbrio ambiental. E se ainda mantêm seus ranchos lá, e se prejudicam o reflorestamento, podem, e devem, ser denunciados a qualquer momento por novos crimes, bastando que um laudo técnico venha a comprovar essa premissa, isto é, venha a dizer claramente que a mata renasceria ali se os ranchos fossem retirados.*
>
> *Entretanto, no caso sub examine, é de se observar que o art. 48 traz pena mínima de 6 meses e máxima de 1 ano. Para que não se opere a prescrição, a pena a ser fixada é a máxima, isto é, 1 ano, o quê, no caso concreto, é impossível, haja vista o histórico penal dos acusados. Note-se que ao tempo do crime o período de prescrição aplicável,*

para penas menores de 1 ano, era de 2 anos, pois ainda não vigia a Lei 12.234, que deu nova redação ao inciso VI do art. 109 do Código Penal. A denúncia foi recebida em início de 2012, logo, há mais de um ano, operou-se o transcurso do biênio previsto na norma mencionada. Com efeito, não é mais razoável acionar-se, ou manter-se acionada, a máquina judiciária, com todos os gastos e dissabores que daí advêm para, ao final, reconhecer-se a prescrição. Tal medida representaria prejuízo efetivo àqueles que aguardam a resposta jurisdicional. (destaquei).

O Processo Penal, haja vista sua inata carga penalizadora, não pode ser levado a efeito, ou mesmo estendido, quando está fadado ao fracasso: os princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, dentre outros, não o permitem.

E mais, alongar indevidamente o processo criminal significa afronta aos princípios que regem as atividades de todos os agentes estatais, como o da moralidade e o da eficiência, que não permitem o desperdício de verbas públicas.

Alberto Silva Franco e Rui Stoco[1]*, trilhando os passos da professora Ada Pelegrini Grinover, ensinam que, em verdade, o reconhecimento antecipado da falência do processo não equivale ao reconhecimento da prescrição, e sim à constatação de que ausente uma das condições da ação:*

A prática jurisprudencial trouxe para o centro dos debates o que se convencionou denominar 'prescrição penal antecipada'. Não se trata, contudo, de uma nova forma de prescrição, mesmo porque somente são admissíveis como causas extintivas de punibilidade aquelas formas expressamente consagradas em lei, o que não é a hipótese em apreço. Na verdade a questão envolve aspectos relacionados com o exame da justa causa e não com a extinção da punibilidade, embora esta sirva de ponte para o raciocínio. (destaquei).

Com efeito, há situações em que, antes mesmo do recebimento da denúncia ou da queixa, já é possível antever que uma eventual condenação, com base naquela imputação jurídica, seria atingida pela prescrição em concreto, a se considerar, como marcos temporais, a data do fato e a data do próximo recebimento da denúncia ou da queixa. Dessa forma, se desde logo fosse possível constatar a inutilidade de um eventual e futuro provimento condenatório, lícito seria ao juiz deixar de receber a ação penal e os dissabores causados a quem é formalmente acusado seriam evitados. Atende-se, assim, ao princípio da economia processual.

A questão é, todavia, polêmica. Os críticos costumam enumerar os seguintes pontos como impeditivos para a adoção do expediente lógico da 'prescrição antecipada': a) não há previsão legal que a sustente; b) funda-se em um raciocínio aleatório que fere o princípio constitucional da inocência, por presumir a responsabilidade penal de quem ainda é meramente acusado; c) fere o interesse jurídico do acusado em obter uma sentença de mérito absolutória; e d) desconsidera a possibilidade de uma eventual mutatio libelli, que poderia trazer mudanças à imputação jurídica e, por consequência, ao cálculo prescricional.

A despeito das críticas, a chamada 'prescrição antecipada' não pode ser examinada à luz das causas extintivas da punibilidade, que, como é sabido, são expressas, não comportando interpretação extensiva. O expediente lógico, na verdade, é outro, sendo sua base essencialmente processual. Com efeito, envolve ele a apreciação da justa causa para instauração de uma ação penal de natureza condenatória que, desde o início, se mostra inócua sob a perspectiva de efetivação do poder-dever punitivo

1 Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.559-560.

estatal. Dessa forma, submeter alguém a um processo que se apresenta desprovido de efetividade constitui um constrangimento ilegal. Não se trata, portanto, de uma nova forma de prescrição penal, o que fragiliza o argumento de que não estaria ela fundada em lei.Por outro lado, o raciocínio não faz uma afirmação de culpa, a ponto de torná-lo incompatível com o princípio constitucional de presunção de inocência. Em verdade, o exame está restrito à admissibilidade - e por consequência, da inadmissibilidade - da acusação. Ou seja, quando a ação penal é recebida, o juiz reconhece presentes os seus elementos sustentadores, que vão desde a materialidade e os indícios de autoria até a justa causa. Logo, plenamente válida a decisão que reconhece ausente a justa causa, quando o poder-dever punitivo invocado pelo órgão acusador para dar sustentabilidade à acusação já se apresentar natimorto.

É similar a lição de Julio Fabbrini Mirabete, reconhecendo a recalcitrância dos Tribunais, mas com a lucidez típica dos que militaram uma vida inteira nas lides forenses, ensina que "com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§ 1° e 2° pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição. (Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p. 591).

No mesmo compasso, Marcos Bandeira: é de se notar que o processo perde toda a sua utilidade, pela impossibilidade real e antecipada de aplicação de qualquer sanção penal. Poder-se-ia argumentar que o acusado pode ser de alguma forma prejudicado em face da possibilidade de ser absolvido, todavia, a prescrição antecipada atinge a própria prescrição punitiva e ipso facto apaga todos os antecedentes criminais do acusado, não havendo, portanto, qualquer prejuízo. É sabido que a sentença penal para efeitos da actio ex delictum faz coisa julgada no cível quando reconhecer a inexistência do fato ou alguma excludente de criminalidade, todavia, nada impede que o acusado justifique o seu ato na órbita cível para excluir a sua responsabilidade cível. (Revista Juris Síntese nº 55 – set/out de 2005: Prescrição Antecipada numa Perspectiva Processual Constitucional)

Pertinente a transcrição de acórdão paradigma no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível será, inevitavelmente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. O interesse de agir exige um resultado útil da ação penal. Se não houver possível aplicação de sanção, inexistirá justa causa para tanto (Ação Penal). Só uma concepção errônea do processo pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que ela levará ao nada jurídico, ao zero social, e à custa de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrado que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estará prescrita, deve-se declará-la. A submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de adiantamento da pena. Recurso improvido. (TJRS - SER 70003684610 - 6ª T. - Rel. Sylvio Batista Neto - J. 21.02.2003)

Em síntese, a única tipificação possível ao fato descrito pelo Ministério Público é do art. 48 da Lei 9.605, acerca do qual, entretanto, não há mais justa causa para o prosseguimento do feito."

Por uma questão de coerência, este juízo não poderá dar solução diferente para casos iguais.

No presente caso, também incide apenas o art. 48 da Lei 9.605/98, pelas mesmas razões já expostas.

E a perícia que serve de causa de pedir à pretensão acusatória no presente processo – perícia essa datada de 2010 – padece dos mesmos vícios das perícias que instruíram o feito cuja sentença acabei de transcrever. Esses vícios já haviam sido apontados na sentença transcrita. A verdade é que a perícia não esclarece se os ranchos impedem a regeneração da mata, isto é, os peritos não afirmam que a retirada dos ranchos ocasionará a recomposição da floresta.

Em outras palavras, sem a perícia não há prova mínima que dê suporte à ação penal. Padece de justa causa o prosseguimento de feito baseado em perícia pouco conclusiva, que retrata fatos passados há mais de quatro anos."

O recorrente sustenta, em preliminar, a nulidade da decisão, por ofensa ao procedimento estabelecido pelo Código de Processo Penal em seus artigos 395 e seguintes.

Sustenta que após o recebimento da denúncia, resta ao magistrado absolver sumariamente se verificar alguma das hipóteses previstas no art. 397 do Código de Processo Penal ou prolatar sentença condenatória ou absolutória.

No mérito, defende que existem elementos suficientes de que o réu utilizou, inclusive até os dias atuais, de uma construção em área de preservação permanente em infringência das normas de proteção, bem como que ele, inclusive por meio de terceiros, realizou a manutenção de adjacências do local, impedindo e dificultando a regeneração natural da vegetação existente na área de APP.

Desta feita, estando preenchidos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, pede a anulação da decisão ou sua reforma, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos (fls. 1354-1377).

Da preliminar arguida de nulidade da decisão.

O recorrente, em preliminar, argui a nulidade da decisão atacada, sustentando a subversão do procedimento, pugnando pelo regular prosseguimento do processo com a análise do mérito, sob pena de violação aos dispositivos do Código de Processo Penal.

Como acima relatado, verifica-se que o magistrado, após o recebimento da denúncia (fls. 1.332-1.333) proferiu decisão rejeitando a denúncia sob o argumento de ausência de justa causa, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Diante desse contexto, a preliminar suscitada se confunde com o mérito do recurso e com ele será examinada e deliberada.

É necessário primeiramente esclarecer, nesse ponto, que a doutrina tem mais de um posicionamento quanto à oportunidade para verificação das condições da ação.

A primeira posição, sustenta que a demonstração das condições da ação pode ser feita em qualquer momento do processo, com base e por analogia ao art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, o que levaria à extinção do processo sem julgamento de mérito.

A segunda posição, entende que o momento oportuno para a discussão acerca das condições da ação seria o da admissibilidade da pena inicial. Nessa linha, essa parte da doutrina assenta que "Superada esta fase, resta ao magistrado o enfrentamento meritório."

Nesse ponto, aliás, transcrevo interessante ponderação da obra[2] acima já citada com relação a primeira posição:

> *"Não obstante o entendimento pretoriano, tal expediente pode nos levar a situações de absoluta perplexidade. Exemplo: ficando demonstrado cabalmente ao final da instrução que a imputação feita na inicial se deu em detrimento de pessoa diversa, é dizer, o processamento ocorreu em face de alguém que não participou da infração penal, deve o magistrado absolvê-lo, enfrentando o mérito, ou reconhecer que se operou a ilegitimidade passiva ad causam, extinguindo então o processo sem enfrentamento meritório, por ausência de uma das condições da ação penal?"*

Desse modo, nessa linha, entendo que o momento oportuno para a discussão acerca das condições da ação seria o da admissibilidade da peça acusatória. Superado este momento, resta o enfrentamento do mérito da ação penal.

A propósito, nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça em hipótese idêntica, *verbis*:

> *"RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 60 DA LEI N. 9.605/98. SUPERVENIÊNCIA DE ELEMENTOS ENSEJADORES DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. JUÍZO DE MÉRITO. RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU DE DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira "marcha para frente", tendo em vista a finalidade a que ele se destina. 2. Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato. 3. Caso surja, durante a instrução criminal, circunstâncias de fato ou de direito que levem à improcedência, total ou parcial, da pretensão punitiva estatal, deverá o juiz, ao sentenciar, levar em consideração tais circunstâncias, utilizando-se, entretanto, de fundamentação diversa daquela relativa à inadmissibilidade da exordial acusatória. 4. Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo aplicável a teoria da asserção. 5. Recurso especial improvido."*[3]

Também já decidiu o Tribunal de Justiça, por unanimidade, no mesmo sentido:

> *"EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – USO DE DOCUMENTO FALSO - RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU A DENÚNCIA COM RELAÇÃO A UM DENUNCIADO - INÉPCIA – RECURSO MINISTERIAL – INADMISSIBILIDADE - PRECLUSÃO – DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS CONTIDOS NO ART. 41 DO CPP – PROSSEGUIMENTO DO FEITO - RECURSO PROVIDO."* [4] *Não pode o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato. Se na denúncia o fato criminoso imputado ao réu é devidamente descrito, ou seja, de forma clara e lógica, narradas todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua inépcia, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal."*

2 Távora, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. JusPODIVM, 9ª ed., p. 203.

3 STJ. REsp 135838/MT. Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJPR). DJe 05/04/2013)

4 Apelação Criminal nº 0005243-21.2014.8.12.0002.

Ademais, é importante salientar que a denúncia, consoante prescreve o art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a exposição do fato tido como delituoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Desse modo, ainda que a denúncia seja sucinta, se permitir que seja exercido o amplo direito de defesa, não há que falar em inépcia.

Merece registro, ainda, que **toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade**, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do denunciado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando encontrar-se extinta a punibilidade do agente[5]. (destaquei)

A Lei 9.605/98 define as condutas atribuídas aos denunciados, nos seguintes termos:

> ***"Art. 38: Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:"***
>
> ***"Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:"*** (destaquei)

Os crimes em comento têm por objeto jurídico a proteção ao meio ambiente.

No caso, se vê da leitura da peça inicial que o objeto da persecução envolve a discussão acerca de edificação construída em área de preservação permanente localizada às margens do Rio Ivinhema, no Município de Nova Andradina.

Deveras, a peça acusatória descreve com clareza os fatos e circunstâncias que, em tese, configuram os crimes de previstos nos artigos 38 e 48 da Lei 9.605/98.

A acusação está lastreada em um mínimo de prova.

Consta dos autos Relatório de Vistoria do Ibama/MS às fls. 436-438 que indicam a utilização da área com infringência das normas de proteção ambiental.

Consta ainda do processo o laudo pericial de fls. 1.200-1.235.

Da mesma forma que no Relatório do Ibama, consta do Laudo pericial em questão que:

> *"Foram constatadas 54 (cinquenta e quatro) edificações (ranchos de pesca) localizadas as margens do Rio Ivinhema, sendo que referidos ranchos foram construídos em área de preservação permanente, destruindo a mata ciliar ali existente, observando ainda que não há despejo de dejetos para o leito do rio, todo o material recolhido o sistema de esgoto (...)" (fl. 1202).*

Como se depreende dos dispositivos supracitados, esses elementos iniciais de provas indicam indícios de autoria e materialidade dos fatos delituosos. Esses elementos são extraídos do procedimento investigativo. Portanto, no caso, há indícios suficientes para embasar a ocorrência dos fatos contidos na denúncia, para efeitos de início da ação penal.

5 STJ. RHC 23047/GO. Rel. Min. Jorge Mussi. DJe 26/04/2010.

A par disso, estão descritos os fatos tidos como delituosos. Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa do acusado, incorporante da garantia processual do contraditório.[6]

A denúncia descreve fato, em tese, típico, com todas as suas circunstâncias, e, ao contrário do que argumenta o magistrado, existem indícios de *"utilização da área com infringência das normas de proteção"*.

Por isso, a rejeição da denúncia é temerária diante dos indícios da autoria e da materialidade dos delitos. Acrescente-se, outrossim, que qualquer mudança dos fatos contidos na denúncia, a sua capitulação, se necessário, deve ser observado o que dispõe o art. 383 e 384 e parágrafos úteis, do Código de Processo Penal, o que não enseja em rejeição da denúncia, por ausência de justa causa.

Diante desse contexto, o recebimento da denúncia é medida que se impõe.

Verifica-se, ainda, da decisão recorrida que outro argumento foi utilizado pelo magistrado para a rejeição da denúncia, o seguinte: *"não é mais razoável acionar-se, ou manter-se acionada, a máquina judiciária, com todos os gastos e dissabores que daí advêm para, ao final, reconhecer-se a prescrição. Tal medida representaria prejuízo efetivo àqueles que aguardam a resposta jurisdicional",* como acima já mencionado.

Como se sabe o Estado é o titular exclusivo do direito de punir. Com a prática de eventual infração penal, a partir daí o Estado tem o poder-dever de buscar a apuração e a punição do responsável pelo delito, através do devido processo legal, com a oportunidade do exercício da ampla defesa.

De outro lado, também é certo que esse direito de punir é limitado no tempo, não pode se permitir que uma acusação formalizada na sede um processo possa permanecer ao longo dos anos sem uma definição.

Não pode haver acusação que se perpetue indefinidamente porque isso seria uma penalização em branco.

Por essas razões básicas, cabe ao Estado, por suas instituições competentes, empreender todos os esforços para que a punibilidade se efetive de forma célere e prontamente, isto é, em tempo razoável.

Essa pretensão punitiva do Estado está no interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um delito ou em executar a sanção imposta, observado o devido processo legal, com a apuração dos fatos.

Nesse contexto, o instituto da prescrição tem relevância, visto daí decorre a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo.

A prescrição, portanto, tem por fundamento, a segurança jurídica, mas também a luta contra a ineficiência do Estado.

E são por esses fundamentos que a lei penal apresenta como espécies de prescrição a da pretensão punitiva e a da pretensão executória.

A chamada prescrição virtual ou antecipada, aplicada na sentença é uma construção doutrinária e jurisprudencial que ainda não encontra respaldo no sistema penal brasileiro. É que com essa construção, a extinção da punibilidade é decretada com base em perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição pela prevista a ser aplicada.

O Supremo Tribunal Federal não admite essa espécie fictícia de prescrição.

6 Código de Processo Penal comentada, nota 94, Guilherme de Souza Nucci, p. 165.

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438, enfatizando que *"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."*

A firme Jurisprudência repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal e por inadequação no sistema penal brasileiro.

Nessa linha, em que pese a conclusão lógica da sentença prolatada, tenho que é necessário que esteja dentro do sistema penal brasileiro, o que não ocorreu, isto porque é precoce reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com presunção de futura e incerta pena. Não é razoável, mesmo antes de condenar um autor de uma infração, antecipadamente, reconhecer a prescrição da pretensão do Estado.

Enquanto esse tipo de prescrição não estiver inserido no sistema penal brasileiro, não há que se reconhecer porque é gerador de insegurança jurídica, a par de dar suporte à ineficiência do Estado de punir e estimulador da impunidade.

Acrescente-se ainda que outras questões importantes, muitas vezes somente são desvendadas durante a *persecutio criminis in judicium*, até mesmo em favor do acusado, sendo, por isso, prematura a rejeição da denúncia.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias suscitadas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial para determinar o recebimento da denúncia e o devido processamento da ação penal – processo nº 0802397-16.2015.8.12.0017 - com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Recobro que o *parquet* ofereceu denúncia contra o recorrido João Braz da Silva Neto, considerando-o como incurso nas sanções dos artigos 38 e 48 da Lei 9.605/98 (crimes ambientais), com base nas seguintes asserções:

> *"(...) Segundo consta do caderno indiciário anexo, nas margens do rio Ivinhema, em área de preservação permanente, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.651/12, nesta cidade e comarca de Nova Andradina/MS, encontram-se edificadas diversas casas de veraneio, destinadas ao abrigo de seus proprietários e convidados em finais de semana.*
>
> *Ocorre que, desde o ano de 2000 até os dias atuais, o denunciado é proprietário e utiliza uma dessas construções localizadas dentro da área de preservação permanente do rio Ivinhema, inclusive erigida por ele, em desacordo com a legislação ambiental, nesta cidade e comarca de Nova Andradina/MS.*
>
> *Além disso, com a manutenção das adjacências do local para o seu uso, sob o argumento de realização de limpeza, inclusive por meio de terceiros, o denunciado impede e dificulta a regeneração natural da vegetação existente na área de preservação permanente, cuja função, dentre outras, é preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (...)"*

Após o recebimento da denúncia, citação do acusado e apresentação de resposta à acusação, sobreveio a sentença que decidiu pela rejeição da inicial acusatória, lançando-se mão dos argumentos a seguir:

> *"2. Fundamentação*
>
> *Os fatos aqui tratados guardam completa similitude com aqueles examinados nos autos 0000321-28.2010.8.12.0017.*
>
> *Naquela ocasião, consignei o seguinte na sentença:*
>
> *'Da leitura atenta à denúncia e ao seu aditamento conclui-se que o Ministério Público descreve um único fato delituoso: manutenção de ranchos com a consequente realização de roçada em seus entornos.*
>
> *Um único fato, para fins penais, pode ser enquadrado em apenas um tipo penal.*
>
> *O tipo penal do art. 38 se refere à destruição de florestas. Ocorre que o laudo pericial de f. 16-30 não apontou a existência de floresta alguma. Apontou justamente o contrário, isto é, que a mata ciliar já estava destruída pela construção anterior de ranchos.*
>
> *Se floresta já não havia em 2009, não há floresta para ser destruída.*
>
> *Note-se que o Ministério Público não acusa os réus de terem construído ranchos e com isso terem destruído a floresta. Acusa-os de manter esses ranchos. E mesmo que tivesse acusado de construí-los, a prova dos autos apontou que eles lá estão há mais de década, logo os crimes estariam prescritos.*
>
> *Resta enquadrar o único fato descrito pelo Ministério Público na letra do art. 48: impedir a regeneração de floresta ou outras formas de vegetação. Em verdade, os dois tipos penais são logicamente incompatíveis: ou o agente danifica a floresta – e portanto ela já existe – ou o agente dificulta sua regeneração, e ela ainda está a se formar. Um único dano a uma floresta não pode ser enquadrado, ao mesmo tempo, como impedimento de regeneração e destruição. Ou dá-se uma coisa, ou outra.*
>
> *Pois bem. Há elementos para crer que os agentes, ao manterem seus ranchos na área que deveria ser ocupada pela mata ciliar, impedem a regeneração da vegetação que ali deveria existir, tão necessária ao equilíbrio ambiental. E se ainda mantêm seus ranchos lá, e se prejudicam o reflorestamento, podem, e devem, ser denunciados a qualquer momento por novos crimes, bastando que um laudo técnico venha a comprovar essa premissa, isto é, venha a dizer claramente que a mata renasceria ali se os ranchos fossem retirados.*
>
> *Entretanto, no caso sub examine, é de se observar que o art. 48 traz pena mínima de 6 meses e máxima de 1 ano. Para que não se opere a prescrição, a pena a ser fixada é a máxima, isto é, 1 ano, o quê, no caso concreto, é impossível, haja vista o histórico penal dos acusados. Note-se que ao tempo do crime o período de prescrição aplicável, para penas menores de 1 ano, era de 2 anos, pois ainda não vigia a Lei 12.234, que deu nova redação ao inciso VI do art. 109 do Código Penal. A denúncia foi recebida em início de 2012, logo, há mais de um ano, operou-se o transcurso do biênio previsto na norma mencionada. Com efeito, não é mais razoável acionar-se, ou manter-se acionada, a máquina judiciária, com todos os gastos e dissabores que daí advêm para, ao final, reconhecer-se a prescrição. Tal medida representaria prejuízo efetivo àqueles que aguardam a resposta jurisdicional.*
>
> *O Processo Penal, haja vista sua inata carga penalizadora, não pode ser levado a efeito, ou mesmo estendido, quando está fadado ao fracasso: os Princípio da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Intervenção Mínima, da Dignidade da Pessoa Humana, do Devido Processo Legal, dentre outros, não o permitem.*

E mais, alongar indevidamente o processo criminal significa afronta aos Princípios que regem as atividades de todos os agentes estatais, como o da Moralidade e o da Eficiência, que não permitem o desperdício de verbas públicas.

Alberto Silva Franco e Rui Stoco, trilhando os passos da professora Ada Pelegrini Grinover, ensinam que, em verdade, o reconhecimento antecipado da falência do processo não equivale ao reconhecimento da prescrição, e sim à constatação de que ausente uma das condições da ação:

A prática jurisprudencial trouxe para o centro dos debates o que se convencionou denominar 'prescrição penal antecipada'. Não se trata, contudo, de uma nova forma de prescrição, mesmo porque somente são admissíveis como causas extintivas de punibilidade aquelas formas expressamente consagradas em lei, o que não é a hipótese em apreço. Na verdade a questão envolve aspectos relacionados com o exame da justa causa e não com a extinção da punibilidade, embora esta sirva de ponte para o raciocínio.

Com efeito, há situacões em que, antes mesmo do recebimento da denúncia ou da queixa, já é possível antever que uma eventual condenação, com base naquela imputação jurídica, seria atingida pela prescrição em concreto, a se considerar, como marcos temporais, a data do fato e a data do próximo recebimento da denúncia ou da queixa. Dessa forma, se desde logo fosse possível constatar a inutilidade de um eventual e futuro provimento condenatório, lícito seria ao juiz deixar de receber a ação penal e os dissabores causados a quem é formalmente acusado seriam evitados. Atende-se, assim, ao princípio da economia processual.

A questão é, todavia, polêmica. Os críticos costumam enumerar os seguintes pontos como impeditivos para a adoção do expediente lógico da 'prescrição antecipada': a) não há previsão legal que a sustente; b) funda-se em um raciocínio aleatório que fere o princípio constitucional da inocência, por presumir a responsabilidade penal de quem ainda é meramente acusado; c) fere o interesse jurídico do acusado em obter uma sentença de mérito absolutória; e d) desconsidera a possibilidade de uma eventual mutatio libelli, que poderia trazer mudanças à imputação jurídica e, por conseqüência, ao cálculo prescricional.

A despeito das críticas, a chamada 'prescrição antecipada' não pode ser examinada à luz das causas extintivas da punibilidade, que, como é sabido, são expressas, não comportando interpretação extensiva. O expediente lógico, na verdade, é outro, sendo sua base essencialmente processual. Com efeito, envolve ele a apreciação da justa causa para instauração de uma ação penal de natureza condenatória que, desde o início, se mostra inócua sob a perspectiva de efetivação do poder-dever punitivo estatal. Dessa forma, submeter alguém a um processo que se apresenta desprovido de efetividade constitui um constrangimento ilegal. Não se trata, portanto, de uma nova forma de prescrição penal, o que fragiliza o argumento de que não estaria ela fundada em lei.Por outro lado, o raciocínio não faz uma afirmação de culpa, a ponto de torná-lo incompatível com o princípio constitucional de presunção de inocência. Em verdade, o exame está restrito à admissibilidade - e por consequência, da inadmissibilidade - da acusação. Ou seja, quando a ação penal é recebida, o juiz reconhece presentes os seus elementos sustentadores, que vão desde a materialidade e os indícios de autoria até a justa causa. Logo, plenamente válida a decisão que reconhece ausente a justa causa, quando o poder-dever punitivo invocado pelo órgão acusador para dar sustentabilidade à acusação já se apresentar natimorto.

É similar a lição de Julio Fabbrini Mirabete, reconhecendo a recalcitrância dos Tribunais, mas com a lucidez típica dos que militaram uma vida inteira nas lides forenses, ensina que 'com fundamento na falta de interesse de agir e para evitar desgaste do prestígio da Justiça Pública, também se tem afirmado que a prescrição referida no art. 110, §§ 1° e 2°

pode ser reconhecida antecipadamente considerada a pena virtual, em perspectiva, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto em que se antevê uma pena que certamente levaria à prescrição". (Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p. 591).

No mesmo compasso, Marcos Bandeira: é de se notar que o processo perde toda a sua utilidade, pela impossibilidade real e antecipada de aplicação de qualquer sanção penal. Poder-se-ia argumentar que o acusado pode ser de alguma forma prejudicado em face da possibilidade de ser absolvido, todavia, a prescrição antecipada atinge a própria prescrição punitiva e ipso facto apaga todos os antecedentes criminais do acusado, não havendo, portanto, qualquer prejuízo. É sabido que a sentença penal para efeitos da actio ex delictum faz coisa julgada no cível quando reconhecer a inexistência do fato ou alguma excludente de criminalidade, todavia, nada impede que o acusado justifique o seu ato na órbita cível para excluir a sua responsabilidade cível. (Revista Juris Síntese nº55 – set/out de 2005: Prescrição Antecipada numa Perspectiva Processual Constitucional)

Pertinente a transcrição de acórdão paradigma no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível será, inevitavelmente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. O interesse de agir exige um resultado útil da ação penal. Se não houver possível aplicação de sanção, inexistirá justa causa para tanto (Ação Penal). Só uma concepção errônea do processo pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que ela levará ao nada jurídico, ao zero social, e a custa de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrado que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estará prescrita, deve-se declará-la. A submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de adiantamento da pena. Recurso improvido. (TJRS - SER 70003684610 - 6ª T. - Rel. Sylvio Batista Neto - J. 21.02.2003)

Em síntese, a única tipificação possível ao fato descrito pelo Ministério Público é do art. 48 da Lei 9.605, acerca do qual, entretanto, não há mais justa causa para o prosseguimento do feito.'

Por uma questão de coerência, este juízo não poderá dar solução diferente para casos iguais.

No presente caso, também incide apenas o art. 48 da Lei 9.605/98, pelas mesmas razões já expostas.

E a perícia que serve de causa de pedir à pretensão acusatória no presente processo – perícia essa datada de 2010 – padece dos mesmos vícios das perícias que instruíram o feito cuja sentença acabei de transcrever. Esses vícios já haviam sido apontados na sentença transcrita. A verdade é que a perícia não esclarece se os ranchos impedem a regeneração da mata, isto é, os peritos não afirmam que a retirada dos ranchos ocasionará a recomposição da floresta.

Em outras palavras, sem a perícia não há prova mínima que dê suporte à ação penal. Padece de justa causa o prosseguimento de feito baseado em perícia pouco conclusiva, que retrata fatos passados há mais de quatro anos.

3. Dispositivo.

Pelo exposto, rejeito a denúncia por ausência de justa causa, o que faço com base no art. 395, III, do Código de Processo Penal."

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques afastou a preliminar, acolhendo, no mérito, a pretensão ministerial para determinar o recebimento da denúncia na origem.

Pois bem, após análise detida, vou divergir somente no mérito, revendo meu posicionamento anterior sobre a matéria[7].

Longe da discussão sobre a ocorrência ou não da prescrição no caso concreto e embora seja plausível a tese de que os crimes irrogados não são permanentes, mas instantâneos com efeitos permanentes, tenho que a solução da controvérsia trilha outro caminho, muito mais claro sobre a improcedência da pretensão acusatória.

De início, assinalo que a denúncia não cumpriu com os requisitos estabelecidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que faltou a descrição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, preferindo o parquet, em vez de individualizar a conduta do recorrido, utilizar-se de expressões genéricas, de apelo retórico, no sentido que Paulo ofendeu a legislação ambiental *"com a manutenção das adjacências do local para o seu uso, sob o argumento de realização de limpeza"*, sem explicitar exatamente como sua conduta *"impede e dificulta a regeneração natural da vegetação existente na área de preservação permanente"*.

Como consabido, o acusado se defende de fatos, inexistindo possibilidade de defesa quando esses não estão devidamente delimitados.

E nem poderiam sê-los, tendo a sentença objurgada bem destacado que o laudo pericial não apontou que a retirada da edificação do recorrido contribuiria para a recomposição da floresta.

Afora isso, apesar da destacada importância dos bens jurídicos tutelados pelas normas nas quais supostamente enquadrar-se-iam as condutas praticadas pelo acusado, observo que, no caso, não há prova de que as lesões provocadas nos objetos protegidos pela legislação ambiental justifiquem seu tratamento pelo Direito Penal.

Isso porque, no Estado Democrático de Direito, a atuação do Direito Penal tem caráter subsidiário, pautada no princípio da intervenção mínima. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 19 ed. p. 54) afirma:

> *"Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social."*

Aprofundando no assunto, encontra-se na obra de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (Direito Penal – Fundamentos e Limites do Direito Penal, 3 ed., p. 317-323) as seguintes preleções dignas de nota:

> *"De acordo com o princípio da intervenção mínima o Direito Penal só pode se apresentar como a ultima ratio legis para a proteção de bens jurídicos. Esse é, indiscutivelmente, um dos mais fundamentais princípios de Política criminal, que tendencialmente visam a limitar a atividade punitiva estatal desde o primeiro momento de elaboração da lei (ou seja: da criminalização primária, onde assumem relevância*

7 RESE n. 0802402-38.2015.8.12.0017 e RESE n. 0802366-93.2015.8.12.0017, ambos de Relatoria do e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que acompanhei para determinar o prosseguimento da Ação Penal em caso semelhante.

ímpar os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade) até o instante da sua efetiva aplicação e execução (quando então se enlaça com outros princípios como o da proporcionalidade, humanização da pena etc.).

Se a missão do Direito penal (do ius libertatis) é a de proteger os bens jurídicos mais importantes e se suas consequências são as mais graves porque sempre implicam privação ou restrição de bens fundamentais da pessoa, é de se concluir que a incidência da sanção penal deve, obrigatoriamente, ser a mínima possível.

(...)

A subsidiariedade do Direito penal, por seu turno, significa sua posição de ultima ratio frente aos demais sistemas de controle social formal ou informal. Se outros setores do ordenamento jurídico se apresentam como suficientes e, portanto, como mais idôneos para a tutela de um determinado bem jurídico, não se deve utilizar o Direito penal para atender essa finalidade.

(...)

De toda maneira, como já foi enfatizado várias vezes, nem todos os bens de elevada dignidade (merecimento) necessitam de tutela penal. A decisão de eleger o meio mais contundente (Direito penal) pressupõe, assim, um exame razoável de todas as perspectivas, para se constatar que nada melhor que ele existe.

A preferência tem que recair, em princípio nos meios menos drásticos, isentos de violência. Aliás, a prioridade absoluta é para os meios que não contam com caráter penal (medidas de política social). Depois vêm as sanções disponíveis no ordenamento jurídico não penal (civis, administrativas, sancionadoras etc.). Por último, constatada a inidoneidade dos outros meios ou ramos jurídicos, então sim, como extrema ratio, está legitimada a intervenção penal."

Percebe-se, assim, que as lesões ao meio ambiente (não obstante ser bem jurídico de enorme relevância) são trazidas para o âmbito penal somente quando os danos são de grande relevo, capazes de efetivamente provocar males à saúde humana ou real destruição do patrimônio ambiental, como se pode confirmar nas lições da doutrina especializada:

"O tipo penal ainda contém um elemento normativo do tipo, constante na expressão em níveis tais. Isso significa que só haverá o delito se ocorrer poluição em níveis elevados, que resultem (crime de dano) ou possam resultar (crime de perigo concreto) danos à saúde humana, mortandade de animais (silvestres, domésticos ou domesticados), ou destruição significativa da flora. Não é qualquer poluição, portanto, que enseja a aplicação deste dispositivo penal" (GOMES, Luiz Flávio et al. Crimes Ambientais, p. 231).

Desse entendimento não diverge a jurisprudência do STJ:

"CRIMINAL. RHC. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO HÍDRICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PERIGO OU DANO À SAÚDE HUMANA, À FAUNA OU À FLORA. ELEMENTO ESSENCIAL AO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

Hipótese na qual os recorrentes, processados pela suposta prática de crime contra o meio ambiente, alegam falta de justa causa para a ação penal, sustentando a atipicidade da conduta praticada pelos pacientes, pela não caracterização do perigo ou dano à saúde humana, à fauna ou à flora.

> *A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.*
>
> *Só é punível a emissão de poluentes efetivamente perigosa ou danosa para a saúde humana, ou que provoque a matança de animais ou a destruição significativa da flora, não se adequando ao tipo penal a conduta de poluir, em níveis incapazes de gerar prejuízos aos bens juridicamente tutelados, como no presente caso.*
>
> *Não resta configurada a poluição hídrica, pois mesmo que o rompimento do talude da lagoa de decantação tenha gerado a poluição dos córregos referidos na denúncia, não se pode ter como ilícita a conduta praticada, pois o ato não foi capaz de gerar efetivo perigo ou dano para a saúde humana, ou provocar a matança de animais ou a destruição significativa da flora, elementos essenciais ao tipo penal.*
>
> *Deve ser cassado o acórdão recorrido, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada em desfavor dos pacientes VI. Recurso provido, nos termos do voto do Relator."* (RHC 17.429/GO, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 476)

No caso, os elementos indiciários não convencem da imprescindibilidade do uso do Direito Penal para tutelar a suposta lesão ambiental provocada pelo réu, devendo a escassez de provas atuar em proveito da defesa, presumindo-se a suficiência da tutela civil e administrativa para tanto.

Reforçando a desnecessidade da tutela de *ultima ratio* do Direito penal, tem-se que nem mesmo no âmbito do direito civil as condutas semelhantes a do acusado foram consideradas de extrema gravidade, tendo a então Terceira Câmara Cível deste Sodalício, no apelo n. 2010.004334-8, em Ação Civil Pública Ambiental, entendido que não cabia a demolição dos imóveis nas adjacências do Rio Ivinhema, pois a medida é muito drástica e desconsidera que a exploração do local se deu com autorização do Poder Público. Senão vejamos:

> *"Desde já, para a melhor análise das questões postas em discussão, faz-se mister tecer alguns esclarecimentos.*
>
> *Consta dos autos que o(a) recorrente é possuidor(a)/proprietário(a) de uma área cuja construção se estende sobre faixa de preservação ambiental às margens do Rio Ivinhema, o que estaria afrontando às leis de preservação ambiental, frente a degradação do meio ambiente.*
>
> *Por esta razão, o órgão ministerial ajuizou a presente ação objetivando (a) a desocupação da área de preservação permanente (APP) e a não utilização da edificação levantada ou mantida nas margens do Rio Ivinhema; (b) a paralisação de toda e qualquer atividade antrópica ali empreendida; (c) a interrupção da devastação da vegetação local, e a vedação da introdução de novas espécies de vegetais; (d) a demolição ou remoção de todas as edificações; (e) o reflorestamento da área em que se encontra o rancho demandado; (f) a condenação do(a) recorrente ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou arbitrada pelo juiz.*
>
> *O magistrado de primeira instância julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, determinando: (a) a demolição e remoção de todas as edificações existentes no lote descrito na inicial; (b) a abstenção de promoção de qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente, sob pena de pagamento de multa de 40 salários mínimos e (c) o reflorestamento da área degradada, mediante projeto de recuperação da área degradada a ser elaborado pelo órgão ambiental competente.*

Diante destas considerações, verifica-se que a questão posta à apreciação cinge-se em saber a ocupação das terras que margeiam o Rio Ivinhema está em desacordo com a legislação ambiental de modo a justificar a desocupação, a demolição e a remoção das edificações e o reflorestamento da área supostamente degradada e que seria de preservação permanente.

Áreas de preservação permanente pode ser entendida como aquela área merecedora da mais alta escala de proteção ambiental. Seu conceito foi trazido pelo artigo 1º, da Lei n.º 4.771/65:

'Art. 1° As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

(...)

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

(...)

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;'.

Nestas áreas de preservação permanente, não se admite sequer a exploração limitada dos recursos sem que haja a intervenção dos órgãos ambientais, justamente por ser reconhecida a possibilidade de haver desequilíbrio irreparável ao ecossistema.

Não se pode negar a importância da mata ciliar que consiste na formação vegetal situada às margens de rios, nascentes, córregos e lagos. As terras próximas a estas reservas fluviais devem ser plantadas, pois a vegetação reduz a erosão e o assoreamento, contribuindo para a limpeza dos rios e lagos e na formação de áreas propícias para a reprodução das espécies vegetais e animais, garantindo a biodiversidade.

Assim, a delimitação do uso de uma faixa das terras visa à proteção dos recursos hídricos, da biodiversidade, da fauna e da flora.

Quanto à demarcação da área de preservação permanente a Lei n.º 4.771/65 estabeleceu algumas medidas, nos seguintes termos:

'Art. 2° Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros'.

Transportando estes conceitos para o caso dos autos e considerando que o Rio Ivinhema possui cerca de 200 (duzentos) metros de largura, conclui-se que a área de preservação permanente a ser respeitada é de 100 (cem) metros. Nesta faixa, seria impossível a exploração, edificação ou qualquer outra intervenção humana desprovida de autorização dos órgãos de proteção ambiental.

Ocorre que a proteção ao meio ambiente se insere no âmbito da competência comum dos entes federados, com fulcro no artigo 23, VI, da Constituição Federal. Também, compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre florestas, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, como estabelece o artigo 24, VI, da Carta Superior.

Para tanto foi criado, em âmbito estadual, o IMASUL – Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, entidade pública integrante da administração indireta do Poder Executivo, com natureza autárquica administrativa e operacional, vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia. Dentre as finalidades e competências do IMASUL, o Decreto Estadual n.º 12.725/2009 dispõe:

'Art. 2.º O Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL) tem por finalidade propor, coordenar e executar a política de meio ambiente em todo o território do Estado de Mato Grosso do Sul e fazer cumprir as legislações federal e estadual sobre essa atividade.

Art. 3.º Ao Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL) compete:

(...)

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

Ainda sobre a competência do órgão, prevê o Decreto Estadual n.º 12.673/2008 que cria a Zona de Amortecimento e ordena o uso do solo e da água no entorno do Parque Estadual das Várzeas do Rio Ivinhema – MS:

'Art. 7º. Toda atividade passível de impacto ambiental, bem como de utilização de recursos ambientais, nos termos da Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981; das Resoluções Conama n.º 001, de 23 de janeiro de 1986 e n.º 237, de 19 de dezembro de 1997, deverá ser licenciada pelo setor competente do IMASUL, após análise do parecer técnico do chefe do PEVRI'.

No caso dos proprietários de terras às margens do Rio Ivinhema, constata-se que a exploração e as edificações em áreas de preservação permanente decorreram de prévia licença concedida pelo IMASUL.

Note-se que a APRORIO, atuando em prol dos interesses de seus associados, ingressou com um requerimento administrativo que gerou o processo de n.º 23/102730/2006, autuado em 19.06.2006, tendo por escopo solicitar a autorização ambiental para

regularização das casas de veraneio. Referido pedido foi concedido nos termos da Licença de Operação n.º 012/2008, ocasião em que foram anotadas algumas obrigações a serem cumpridas por parte da Associação, como, por exemplo, 'operar de acordo com o projeto técnico apresentado ao IMASUL/SEMAC/MS' e 'apresentar trimestralmente ao IMASUL/SEMAC/MS Relatório Técnico referente à operação do SCA, juntamente com ART do técnico responsável'.

Todavia, referida licença não fez qualquer menção com relação à área que poderia ser explorada e edificada. Não se pode negar que o debate aqui travado envolve restrições ao direito de propriedade, direito fundamental do cidadão, motivo pelo qual eventual restrição deveria estar expressa, sob pena de ofensa ao artigo 5º, II, da Carta Magna.

Evidencia-se que o (a) recorrente promoveu algumas edificações em área de preservação permanente causando a supressão da vegetação local, o que, em tese, estaria contrariando a legislação ambiental. Porém, no caso, há expressa autorização do órgão competente para a utilização da área de preservação permanente o que imprimi contornos de legalidade à situação.

Ademais, o resultado pretendido pelo Ministério Público não é o mais adequado. Isto porque, é notório que o processo de regeneração ambiental é demasiadamente lento, havendo situações em que sequer mostra-se possível.

Fato é que a situação já consolidada não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização do órgão competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área.

Atente-se que a legislação em vigor não traz vedação absoluta no sentido de que o proprietário faça uso da área de preservação permanente, até porque, neste caso, restaria evidenciada hipótese de desapropriação.

Tal margem de intervenção humana em áreas de proteção permanente se encontra ponderada no Código Florestal, que trata sobre a possibilidade de supressão eventual da vegetação nessas localidades desde que com baixo impacto ambiental, verbis:

'Art. 4º. A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

(...)

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente'.

Nessa ordem de idéias, fica resguarda a prática de atividades de interesse social que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área.

Logo, as medidas adotadas na sentença proferida em primeira instância deixaram de observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Inclusive, não se pode deixar de observar que o IBAMA não indicou qualquer óbice concreto às edificações constantes da área objeto de discussão, limitando-se em apresentar o relatório de vistoria em que recomendou que 'qualquer medida que não seja a recuperação da área total degradada através da demolição das casas e recomposição

da mata ciliar suprimida, além de não mitigar os impactos ambientais, constituirá em estimulo para que se continue construindo aparatos de lazer em áreas de preservação permanente, em total prejuízo ao meio ambiente e, por conseqüência à sociedade'.

Desse modo, não deve subsistir a sentença de parcial procedência que, como dito alhures, impôs medidas extremas aos proprietários de terras localizadas às margens do Rio Ivinhema.

Ante o exposto, dou provimento aos presentes recursos para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial. Sem custas e honorários. Contra o parecer."

Com o devido respeito, afigura-se incoerente a invocação do Direito Penal para proteger a norma e não o bem jurídico por ela tutelado.

Logo, à toda evidência, realmente não prospera o prosseguimento da ação penal, que está fadada ao insucesso.

Diante do exposto, acompanho o e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, para rejeitar a preliminar e, no mérito, contra o parecer, divirjo para negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 02 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1405202-07.2016.8.12.0000 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA – SUPRESSÃO DE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO SOCIAL E QUALQUER ASSESSÓRIO – PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL DEFINITIVO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – DENÚNCIA LANÇADA APÓS O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PEDIDO AFASTADO – ORDEM DENEGADA.

O trancamento da ação penal por alegação de falta de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorreu no caso em tela.

O fato de o processo administrativo fiscal que instrui a peça investigativa ter sido concluído antes da instauração do inquérito policial e do oferecimento da denúncia, não há que falar em trancamento de ação penal por ausência de justa causa**.**

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 27 de junho de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, Márcio Danilo Doná, advogado portador da OAB/MS 14.428-A impetrada em favor de Norma Gavassi, Iva Gavassi Jorge Fernandes e Thayse Giovanna Gavassi Jorge, qualificadas nos autos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal Residual da Comarca de Bandeirantes/MS (Autos n.º 0000434-26.2008.8.12.0025).

O impetrante informou que as pacientes foram denunciadas em 04.07.2013, pela prática do crime capitulado no art. 1.º, II c/c art. 11, *caput* e art. 12, I, todos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal.

Alegou que a instauração de persecução penal ocorreu em 20/02/2007, com abertura de procedimento investigatório, para apuração de prática delitiva contra a ordem tributária do art. 1.º, II da Lei 8.137/90, sendo que a constituição definitiva do crédito tributário, com o lançamento definitivo do tributo, ocorreu em 13/08/2008 (Termo de Inscrição de Dívida Ativa – TIDA n. 1424/2008-T).

Afirmou que, quando do início da persecução penal, em 20/02/2007, o procedimento administrativo (ALIM n.º 0013483), tendente a constituir o crédito tributário imposto em face da empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda, da qual as pacientes foram sócias, não havia sido concluído. Que em razão de o crédito fiscal definitivo não ter sido constituído, não há justa causa para a ação penal, consoante o disposto do Enunciado Sumular n.º 24 do STF.

Basicamente com fulcro nesses argumentos, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para trancamento da ação penal n.º 0000434-26.2008.8.12.0025, asseverando que a persecução penal (datada de 20/02/2007) teve início antes da constituição definitiva do crédito tributário (13/08/2008).

No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela de urgência.

Os autos foram instruídos com cópias dos documentos pessoais das pacientes (fls. 13-18), da denúncia (fls. 19-23), de peças do inquérito e da ação penal originária (fl. 24-108).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 115-117.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 128-129.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 135-137), opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, Márcio Danilo Doná, advogado portador da OAB/MS 14.428-A impetrada em favor de Norma Gavassi, Iva Gavassi Jorge Fernandes e Thayse Giovanna Gavassi Jorge, qualificadas nos autos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal Residual da Comarca de Bandeirantes/MS (Autos n.º 0000434-26.2008.8.12.0025).

O impetrante informou que as pacientes foram denunciadas em 04.07.2013, pela prática do crime capitulado no art. 1.º, II, c/c art. 11, *caput* e art. 12, I, todos da Lei 8.137/90, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal.

Alegou que a instauração de persecução penal ocorreu em 20/02/2007, com abertura de procedimento investigatório, para apuração de prática delitiva contra a ordem tributária do art. 1.º, II da Lei 8.137/90, sendo que a constituição definitiva do crédito tributário, com o lançamento definitivo do tributo, ocorreu em 13/08/2008 (Termo de Inscrição de Dívida Ativa – TIDA n. 1424/2008-T).

Afirmou que, quando do início da persecução penal, em 20/02/2007, o procedimento administrativo (ALIM n.º 0013483), tendente a constituir o crédito tributário imposto em face da empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda, da qual as pacientes foram sócias, não havia sido concluído. Que em razão de que o crédito fiscal definitivo ainda não estava constituído, não poderia, por falta de justa causa, ter sido instaurada a ação penal, consoante o disposto do Enunciado Sumular n.º 24 do STF.

Basicamente com fulcro nesses argumentos, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para trancamento da ação penal n.º 0000434-26.2008.8.12.0025, asseverando que a persecução penal (datada de 20/02/2007) teve início antes da constituição definitiva do crédito tributário (13/08/2008).

No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela de urgência.

Os autos foram instruídos com cópias dos documentos pessoais das pacientes (fls. 13-18), da denúncia (fls. 19-23), de peças do inquérito e da ação penal originária (fl. 24-108).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 115-117.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 128-129.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 135-137), opinou pela denegação da ordem.

Passo à análise do *writ*.

Como é sabido, o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida que deve ser entendida como excepcionalíssima, isto é, aplicável tão somente se a *prima facie* se verificar, indubitavelmente, a inocorrência de crime ou quando o acusado seja inegavelmente inocente.

Nesse sentido, a lição de Nucci:

> *"Trancamento de ação penal: trata-se de hipótese excepcionalmente admitida, justamente para não ocorrer um indevido cerceamento da atividade acusatória do Estado ou do particular ofendido. Entretanto, é de se insurgir contra um recebimento indevido de denúncia ou queixa através de habeas corpus (art. 648, I, CPP), uma vez que não há recurso específico para tanto, podendo o Tribunal conceder a ordem para trancar a ação. Tal situação se dá unicamente quando a falta de justa causa é cristalina".*

No mesmo sentido é a pacífica a jurisprudência do STF. Confira-se:

> *"(...) Em sede de habeas corpus só se é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie". (STF – RT 742/533). "[...] Não é inepta a denúncia que, como no caso, narra a ocorrência de crimes em tese, em como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. Além disso, o trancamento de ação penal, principalmente por meio de habeas corpus, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como "a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas"* (HC 91.603, rel. Ellen Gracie, DJe-182 de 25.09.2008), *o que não é caso. Daí por que a existência ou não de justa causa, no caso, deve ser discutida no âmbito da ação penal já iniciada. Ordem denegada."* (HC 100246 – Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma. DJe-079 - 29-04-2011. Ement. v. 02511-01, PP- 00073).

Da mesma forma, é o entendimento no STJ:

> *"(...) 1. O trancamento da ação penal, na via estreita do habeas corpus, constitui medida extrema, cabível apenas nas hipóteses em que cristalina a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, o que não se verifica no caso concreto. (...)".* (RHC 26.972/RJ - Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS), 6ª Turma. DJe. 15/06/2011).

No presente caso, postula o impetrante o trancamento da ação penal instaurada em desfavor das pacientes sob o argumento de que, quando do início da investigação, o procedimento administrativo tendente

a constituir o crédito tributário imposto em face da empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda, da qual as pacientes foram sócias, não havia sido concluído.

Assevera que a tramitação da ação penal contraria o preceito contido na Súmula Vinculante n.º 24 do STF, *in verbis*:

> *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I a IV, da Lei 8.137 de 1990, antes do lançamento definitivo do tributo".*

Conforme se observa, a Súmula consolida o entendimento do STF no sentido da imprescindibilidade da decisão final na esfera administrativa para a instauração de processo crime que envolva os delitos acima mencionados.

No presente caso, verifica-se dos autos n.º 0000434-26.2008.8.12.0025 que os fundamentos apresentados pelo impetrante já foram apreciados e afastados pelo Magistrado de primeira instância, pelos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> *"a) No tocante à tese de falta de justa causa para a ação penal, em razão de a persecução penal ter sido iniciada antes da constituição definitiva do crédito tributário, cabe esclarecer que nenhuma razão assiste aos executados. No caso, a data de início da investigação policial é absolutamente irrelevante para a configuração do suposto delito apontado na denúncia. Na realidade, a constituição definitiva do crédito tributário, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo, ocorreu, segundo os acusados, em 13 de agosto de 2008, antes, portanto, do oferecimento da denúncia em 5 de julho de 2013 (p. 3), ou de seu recebimento em 21 de agosto de 2013 (p. 626), circunstância que é suficiente para configurar a justa causa da ação penal, exatamente conforme o enunciado de nº 24 da Súmula Vinculante do STF.*
>
> *b) Com relação à tese de falta de justa causa para a ação penal, amparada no argumento de que a denúncia fora ofertada com base em suposta responsabilidade objetiva, novamente não há razão aos acusados. No caso, a denúncia descreve detalhadamente a conduta que teria sido praticada em conjunto pelos acusados, mostrando-se apta e suficiente para o exercício do contraditório e ampla-defesa. A análise sobre a efetiva prática da conduta narrada na denúncia é questão que deverá ser analisada após a instrução processual. Enfim, não configurada a suposta responsabilidade objetiva, fica prejudicada a respectiva tese defensiva.*
>
> *c) Quanto à tese de falta de justa causa para a ação penal, em decorrência da inexistência de intimação válida no procedimento administrativo, mais uma vez não há razão aos acusados. No caso, cabe esclarecer que eventuais irregularidades no procedimento administrativo, que aliás sequer ficaram demonstradas, não tem o condão de, por si só, afastar a responsabilidade criminal, em razão da autonomia e independência de cada esfera de responsabilidade, circunstância que é suficiente para afastar referida tese defensiva.*
>
> *d) Com relação à tese de falta de justa causa para a ação penal, em razão da subsidiariedade da intimação por edital no procedimento administrativo, cabe, apenas, reiterar os argumentos do item anterior, não sendo esse argumento suficiente para, por si só, afastar a eventual responsabilidade penal dos acusados.*
>
> *e) Por fim, do mesmo modo, devem ser afastadas as teses de falta de justa causa baseadas na suposta inidoneidade documental das notas fiscais que ampararam a lavratura do auto de infração ou por ter sido deflagrado o auto de infração em denúncia anônima, já que a responsabilidade penal é independente da administrativa, de modo que essas*

questões não têm o condão de afastar a justa causa desta ação penal, a qual, como dito anteriormente, está embasada em fatos devidamente narrados na denúncia, os quais se mostram aptos e suficientes para justificar o prosseguimento da demanda para realização da instrução processual e futuro julgamento.

g) No mais, nos termos do art. 397, do CPP, não verifico a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou excludente da culpabilidade, bem como, pelo que se observa, o fato narrado constitui crime. De outro lado, não verifico extinta a punibilidade dos agentes. Portanto, estão ausentes as hipóteses de absolvição sumária, daí por que deve ser dado início à instrução processual. [1] *"*

Na esteira da compreensão firmada pelas Cortes superiores, que culminou com a Súmula 24 do STF, realmente não é possível a deflagração de ação penal pela prática do crime contra a ordem tributária enquanto não houver lançamento definitivo do tributo. Nessa linha, seguem os julgados:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (INCISOS I E II DO ART. 1.º DA LEI 8.137/1990). DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade do exaurimento da via administrativa para a validade da ação penal, instaurada para apurar infração aos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/1990. Precedentes: HC 81.611, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence (Plenário); HC 84.423, da minha relatoria (Primeira Turma). Jurisprudência que, de tão pacífica, deu origem à Súmula Vinculante 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".2. A denúncia ministerial pública foi ajuizada antes do encerramento do procedimento administrativo fiscal. A configurar ausência de justa causa para a ação penal. Vício processual que não é passível de convalidação.3. Ordem concedida para trancar a ação penal." (Processo: HC 100333 SP Relator(a): Min. Ayres Britto Julgamento: 21/06/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma.)

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, INCISO I, DA LEI N.º 8.137/90. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO CONSUMADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal quanto ao crime previsto no art. 1º, da Lei n.º 8.137/90, se o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional. 2. Na hipótese, entretanto, restou consignado pelo Tribunal de origem que o procedimento administrativo instaurado para apurar o débito fiscal foi concluído, tendo o acórdão fiscal transitado em julgado. 3. O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei n.º 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie. 4. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão-somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. Precedentes. 5. Ordem denegada." (Processo: HC 137494 PE 2009/0102014-3 Relator(a): Ministra Laurita Vaz Julgamento: 18/10/2011 Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma.)

1 Decisão proferida nos autos n.º 0000434-26.2008.8.12.0025 – fls. 863-865.

> *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611/DF), a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado. 2. Nessa linha, consoante posicionamento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (Rcl 1.985/RJ), deve ser reconhecida a ausência de justa causa para a instauração de ação penal na pendência de recurso na esfera administrativa, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 83.353-5 e 86.120-2). 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal 2004.61.81.000902-5/SP e suspender o curso da prescrição até o julgamento definitivo do processo administrativo fiscal."* (Processo: HC 65937 SP 2006/0195129-0 Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima Julgamento: 20/05/2008 Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma Publicação: DJe 23/06/2008.)

Neste particular, convém salientar que, como regra geral, o lançamento configura ato vinculado que constitui o crédito tributário e completa-se com a notificação do sujeito passivo, ou seja, o devedor. Nesse sentido, o crédito tributário relativo ao ICMS, como regra, constitui-se pelo lançamento da modalidade de homologação, independente de qualquer procedimento administrativo, mediante conduta do próprio sujeito passivo ao antecipar o pagamento ou na data em que a Administração Pública toma conhecimento da infração da infração. O ICMS é imposto cujo lançamento é realizado, em princípio, por homologação. Trata-se modalidade em que a constituição do crédito é feita sem prévio exame da autoridade. O sujeito passivo apura, informa e paga a parcela em dinheiro referente a obrigação tributária. Nos casos de lançamento por homologação, a lei exige o pagamento independentemente de qualquer ato prévio do sujeito ativo.

O lançamento por homologação ocorre quando é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal e privativo do sujeito ativo) ou tácita (consistente no decurso do prazo legal para efetuar-se a homologação expressa e havendo omissão do sujeito ativo em realizá-la), o pagamento efetuado pelo sujeito passivo. Ou seja, ocorrido o fato gerador, o sujeito passivo detém o dever legal de praticar as operações necessárias à determinação do valor da obrigação tributária, bem como o de recolher o valor devido e apurado, independentemente da prática de qualquer ato pelo sujeito ativo, ressalvada a possibilidade deste aferir a regularidade do pagamento efetuado.

Aliás, é o que diz o art. 150 do CTN:

> *"(...) Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*
>
> *§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*
>
> *§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*
>
> *§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*
>
> *(...)".*

Todavia, o caso em exame possui peculiaridade que, em princípio, nos limites da cognição *in limine*, conduz à denegação da ordem.

Constata-se da fase extrajudicial dos autos n.º 0000434-26.2008.8.12.0025, precisamente das fls. 198-207, que o Auto de Imposição de Multa N.0013483 – Série "E" foi lavrado em 06/12/2007. O aludido procedimento administrativo teve por objetivo a investigação de suposta ausência de recolhimento de ICMS, no período compreendido entre 05/05/2004 a 23/07/2005 (fl. 200).

Na sequência, constata-se do processo administrativo fiscal (fl. 293), que os responsáveis pela empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda não foram encontrados para a intimação pessoal, tendo a empresa contribuinte sido intimada via edital em 11/02/2008 (fl. 294):

> *"Pelo presente edital, o(s) contribuinte(s) abaixo identificado(s), fica(m) intimado(s) para. Recolher aos cofres públicos o(s) débito(s) fiscal (is) exigido(s) por meio do(s) Auto(s) de Lançamento de Imposição de Multa indicado(s), ou apresentar impugnação ao lançamento correspondente sob pena de revelia, presumindo-se como verdadeiros os fatos alegados no procedimento fiscal (...)[2]".*

Verifica-se da certidão de fl. 295, que a referida empresa contribuinte, inscrita no n.º 28.244.22-7, apresentou "*status: cancelado*", tendo sido certificado inclusive a ocorrência de revelia desta no procedimento administrativo fiscal (fl. 297).

Depreende-se que, após o lançamento do crédito tributário, que ocorreu, como dito, em 06/12/2007, pelo Auto de Lançamento de Imposição de Multa nº 0013483-Série "E", a Superintendência de Administração Tributária, também expediu notificação/intimação pessoal à empresa contribuinte em referência, datada de 19 de dezembro de 2007, nas pessoas de seus representantes, para pagamento do crédito lançado, as quais não foram encontradas para a notificação/intimação pessoal, resultando na intimação via edital.

Extrai-se, também, que a autoridade administrativa apresentou representação fiscal contra a empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda junto ao Ministério Público Estadual, pela prática de crime contra a ordem tributária para à Promotoria de Justiça da Comarca de Campo Grande (fl. 111). Esta, por sua vez, encaminhou o expediente para à Promotoria de Justiça de Bandeirantes/MS (fl. 112), através do Ofício/SAT N. 010/2008, datado de 17 de janeiro de 2008.

Na sequência, o Ministério Público Estadual, através da 31ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social e das Fundações, a quem fora encaminhada a representação acima, oficiou ao Ministério Público da Comarca de Bandeirantes, em 28 de janeiro de 2008 (Ofício nº 086/2008/31ªPJ), encaminhando o expediente oriundo da Superintendência de Administração Tributária, para conhecimento e providências que entendesse necessárias.

A Promotoria de Justiça da Comarca de Bandeirantes, através do Ofício nº 020/PJBtes/08, datado de 13 de fevereiro de 2008, requisitou à autoridade policial a instauração de inquérito policial para apuração do crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

O Delegado de Polícia da Comarca de Bandeirantes/MS, atendendo a requisição do Ministério Público, feita pelo ofício acima mencionado, instaurou Portaria (fl. 108), *in verbis:*

2 Edital de fl. 294 dos autos n. 0000434-26.2008.8.12.0025.

"ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

POLÍCIA CIVIL

DELEGACIA DE POLÍCIA DE BANDEIRANTES

PORTARIA

Atendendo "requisição do Ministério Público Estadual", através do encaminhamento a esta Unidade Policial do Ofício nº 020/PjBtes/08, datado de 13/02/08, c/c artigo 9º, inciso II, do Regulamento das Atividades Cartorárias, Administrativas e Operacionais da Polícia Civil – R 12, cujo teor externa que a Promotoria, via Ofício SAT nº 010/2008, oriundo da Superintendência de Administração Tributária, fora informada acerca da Representação Fiscal instaurada em desfavor da Empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda, pela prática de Crime contra a Ordem Tributária, requisitando a instauração de procedimento inquisitório pelo crime previsto no Art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90.

Pelo exposto, determino, seja Instaurado Inquérito Policial para apuração da prática delitiva sobredita, devendo a senhora escrivã do meu cargo, após, R e A. A presente, tomar as seguintes providências preliminares:

Junte-se: Ofício nº 020/PjBtes/08, datado de 13/02/08; Ofício nº 086/2008/31ª PJ, datado de 28/01/08; Ofícios /SAT nº 010/2008, datado de 17/01/2008; Auto de Lançamento de Imposição de Multa nº 0013483;

Expeça-se, intimação visando inquirir o (ª) sócio (ª) proprietário (ª) da Empresa Usina de Beneficiamento de Leite Bandeirantes Ltda, e/ou Gerente da autora, para em dia e horário previamente designados comparecerem nesta Unidade Policial, sendo o caso qualificar e indiciá-la na forma da lei cogente, enfim e outra (s) pessoa (s) que saiba (m) ou tenha(m) informação (ões) relevante (s) sobre o fato.

Cumpra-se.

Bandeirantes/MS, 20 de Fevereiro de 2007.

(a) Antenor Batista da Silva Júnior

Delegado de Polícia".

Vê-se que na referida portaria, acima transcrita, a autoridade policial fez referência expressa que a instauração decorria da requisição do Ministério Público, através do Ofício nº 020/PjBtes/08, datado de 13/02/08.

Entretanto, verifica-se que na portaria, por erro material evidente, foi equivocadamente datada de "*20 de fevereiro de 2007*".

Ora, trata-se, claramente, de singelo equívoco de ordem material, visto que, conforme as informações mencionadas nesse expediente, a portaria foi lavrada no início do ano de 2008, porquanto o fez atendendo a requisição do Ministério Público feita pelo ofício datado de 13 de fevereiro de 2008, consignado expressamente na portaria, pelo que não poderia ter sido baixada com data anterior à requisição do Ministério, se diz que assim foi procedido em cumprimento àquela requisição.

Desse modo, a investigação policial não foi iniciada em 2007, conforme aduz o advogado impetrante, mas sim em 20 de fevereiro 2008, após a lavratura Auto de Lançamento de Imposição de Multa N.0013483 – Série "E", este datado de 06/12/2007, após a intimação por edital da empresa contribuinte em 11/02/2008. Neste particular, deve ser salientado que a conduta das pacientes, no mínimo relapsa, de não manter atualizadas as informações cadastrais junto ao fisco contribuiu para o elastério da tramitação procedimental administrativa, que culminou na notificação/intimação editalícia para pagamento do débito lançado.

De outro lado, deve ser esclarecido que, pelo que se pode extrair dos elementos até agora disponibilizados nos autos, o Termo de Inscrição de Dívida Ativa (fls. 314-320), datado de 13/08/2008, foi elaborado apenas para inscrever o debito do contribuinte no Sistema Informatizado de Crédito Tributário do Estado. Isto é, uma mera inserção no sistema informatizado. Circunstâncias essas passíveis de análise no curso da instrução probatória para que se possa dirimir eventuais dúvidas que possam existir, o que não é possível no âmbito da estreita via do *habeas corpus*, onde só pode ser analisada prova pré-constituída.

Assim, com base nos elementos de provas colhidos na fase inquisitorial, constata-se que a denúncia em desfavor das pacientes foi oferecida pelo Ministério Público Estadual somente em 04/07/2013.

Logo, depreende-se, então, que o inquérito policial e instauração da ação penal foram posterior à constituição do crédito tributário devido em decorrência da infração fiscal caracterizadora, em tese, do crime contra a ordem tributária, o qual foi exigido mediante lançamento de ofício, levado a efeito por meio do Auto de Lançamento e de Imposição de Multa (ALIM) n.º 0013483-E, não havendo que falar em falta de justa causa para a instauração da ação penal pela ausência lançamento definitivo do tributo.

Há que se acrescentar, ainda, que, a par de todas as questões aqui apontadas, as questões postas somente poderão ser analisadas em profundidade após a conclusão de toda a instrução criminal, em consonância com os elementos de provas que devem ser apurados, o que não pode ser objeto de exame no campo estreito do *habeas corpus*, como antes assentado.

Não há portanto, constrangimento ilegal a ser sanado via remédio heróico, pois não ficou demonstrada qualquer violação aos direitos das pacientes, não tendo como conceder agasalho à pretensão ora formulada, pela via estreita e de cognição sumária desta medida.

Acrescento, por derradeiro, em atenção ao que foi posto pelo impetrante em sede de memorais apresentados, embora aqui tanto a instauração do inquérito como da ação penal tenham sido instaurados depois do lançamento definitivo do crédito tributário, como já explicitado, que ainda que assim não fosse, isto é, que a investigação criminal tivesse iniciado antes, a ação penal teria sido depois. E, nesse ponto, extrai-se dos debates travados na sessão de julgamento do STF, quando da discussão da proposta da Súmula 24, que o Ministro Cezar Peluso disse: "*Objeto da súmula é a conclusão da Corte de que não há possibilidade de exercício de ação penal antes da apuração da existência certa do crédito tributário*". Os demais Ministros, que admitiram a súmula, não fizeram restrição a esse ponto. Apenas o Ministro Celso de Melo, que entendeu que não caberia qualquer persecução penal. E a súmula, enfim, por maioria, acabou sendo enunciada para dizer que "*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.*"

Portanto, a súmula limitou-se a dizer que não há crime antes do lançamento definitivo, sem tratar de investigação para constatação. O que estaria a ser impedido seria o desencadeamento da ação penal.

Todavia, no caso, como já devidamente esclarecido, pelos elementos trazidos e analisados no processo, tanto o inquérito policial como a denúncia (ação penal) foram desencadeados após o lançamento do crédito tributário, pelo que não há que falar em ausência de justa causa a ser atacada por esta via.

Ante o exposto, com o parecer, voto no sentido de denegar a presente ordem de *habeas corpus.*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 27 de junho de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002745-95.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Manoel Mendes Carli

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MPE – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – *SOCIETAS SCELERIS* NÃO CARACTERIZADA – MERO CONCURSO DE AGENTES – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – CAUSA DE AUMENTO – ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/2006 – NÃO CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a absolvição dos agentes em relação à imputação de infração ao artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, uma vez que caracterizada apenas uma associação ocasional e transitória, ou seja, eventual concurso de agentes.

O Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, no sentido de que o fato do (a) agente transportar a droga no bagageiro não implica na aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006, uma vez que não demonstrado nenhum ato de difundir o tráfico em local de grande circulação.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – 20 QUILOS E 215 GRAMAS DE MACONHA – ABSOLVIÇÃO – ESTADO DE NECESSIDADE – NÃO CONFIGURADO – PENA-BASE – REDIMENSIONADA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – TRÁFICO INTERESTADUAL – CAUSA DE AUMENTO DECOTADA – REGIME PRISIONAL INICIAL ABRANDADO – PROVIMENTO PARCIAL.

Comprovada a materialidade e autoria do delito, mantém a condenação do agente, que não podem ser afastadas por meras alegações de dificuldades financeiras, sem comprovação de gravidade e intensidade.

Redimensiona-se a pena-base para extirpar o *bis in idem* com a quantidade de droga utilizada na terceira fase da dosimetria da pena.

O agente que integra organização criminosa na função de mula, não faz jus à causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Meras conjecturas de que a droga seria entregue em outro Estado não se prestam para o reconhecimento da causa de aumento atinente ao tráfico interestadual.

Reduzida a pena, sendo o agente primário e estando preso cautelarmente há mais de um ano e meio pela prática do delito discutido nos autos, abranda-se o regime prisional inicial para o semiaberto.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – 23 QUILOS E 815 GRAMAS DE MACONHA E 205 GRAMAS DE COCAÍNA – PENA-BASE – REDIMENSIONADA – TRÁFICO PRIVILEGIADO –NÃO CONFIGURADO – TRÁFICO INTERESTADUAL – CAUSA DE AUMENTO DECOTADA – REGIME PRISIONAL INICIAL ABRANDADO – PROVIMENTO PARCIAL.

Adequa-se a pena-base à natureza das drogas traficada pelo agente e com o afastamento do *bis in idem* com a terceira fase, em relação à quantidade.

O *modus operandi* do delito, aliada quantidade de droga traficada, aponta que o agente integrou organização criminosa voltada para o narcotráfico.

> *"Não havendo prova da ocorrência do tráfico ilícito de drogas entre Estados, o decote da majorante é medida que se impõe.* (TJMG; APCR 1.0518.14.007396-7/001; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 20/10/2015; DJEMG 29/10/2015)".

Abranda-se o regime prisional inicial para o semiaberto, tendo em vista o tempo decorrido de prisão preventiva, aliada ao fato do agente ser primário.

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, negar provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto relator. Decisão contra o parecer. Por maioria, deram parcial provimento aos recursos da defesa, nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Pedro Henrique Cavalcante da Silva e Christyan Vítor Brambilla como incursos nas penas do artigo 33, *caput* e 35 c/c artigo 40, incisos III e V, da Lei 11.343/2006, porque no dia 22 de maio de 2014, por volta das 17h50min, na Rodovia BR 463, no Posto Fiscal Capey, KM 68, em Ponta Porã-MS, foram flagrados transportando 44 quilos e 30 gramas de maconha e 205 gramas de cocaína, com destino ao Estado de Goiás, estando a droga acondicionada no bagageiro externo do ônibus de transporte intermunicipal (f. 01-06).

A denúncia foi julgada parcialmente procedente (f. 452-458) e Pedro Henrique Cavalcante da Silva e Christyan Vítor Brambilla condenados pela prática de tráfico de drogas interestadual à pena de, cada um, 7 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado e 750 dias-multa, razão do inconformismo de todas as partes.

Christyan Vítor Brambilla, às f. 460-468, argumenta que praticou a droga por estado de necessidade, devendo ser absolvido.

Caso mantida a condenação, entende que a pena deve ser reduzida, aplicada a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e abrandado o regime prisional inicial. Pugna pelo provimento de seu apelo.

Como razões de seu recurso, Pedro Henrique Cavalcante da Silva, às f. 469-495, afirma que não há provas que amparem a incidência da causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 e que preenche todos os requisitos para a concessão da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Aduz que houve um equívoco em relação à quantidade de droga, pois não transportava a totalidade da droga apreendida.

Argumenta que praticou o crime sob violenta emoção, por descobrir que era portador do vírus HIV, sendo que deve ser concedida a prisão domiciliar por estar debilitado. Entende que a dosimetria da pena deve ser revista.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento dos apelos defensivos (f. 578-616).

O Ministério Público Estadual, às f. 547-577, entende que comprovado o delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/2006, bem como, a incidência da causa de aumento do artigo 40, inciso, III, da Lei 11.343/2006. Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões de Pedro Henrique Cavalcante da Silva (f. 617-627) e de Christyan Vítor Brambilla (f. 641-642) pelo improvimento dos apelos da acusação.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 667-709) pelo provimento do recurso da acusação e improvimento dos apelos defensivos.

Pedido de urgência no julgamento formulado pela defesa de Pedro Henrique Cavalcante da Silva, às f. 711-712.

Abertura de contraditório diferido para que as partes se manifestassem sobre os laudos de f. 630-639.

Manifestação da defesa de Pedro Henrique Cavalcante da Silva (f. 715-716) e da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 721-722).

Determinação de prioridade na tramitação do feito não conhecimento do pedido de prisão domiciliar, às f. retro.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Tratam-se de apelos interpostos pelo Ministério Público Estadual, Pedro Henrique Cavalcante da Silva e Christyan Vítor Brambilla.

Extrai-se dos autos que no dia 22 de maio de 2014, por volta das 17h50, na Rodovia BR 463, km 68, Posto Fiscal Capey, policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina, quando deram ordem de parada ao ônibus da Expresso Queiroz, itinerário Ponta Porã-MS/Campo Grande-MS.

Ao verificarem o bagageiro externo, policiais encontraram duas malas grandes, uma preta e outra vermelha, com diversos tabletes de maconha e também com cocaína.

Ao todo, haviam 72 tabletes de maconha (44 quilos e 30 gramas), sendo que cada mala acomodava 36 tabletes da referida mala e, na mala preta, havia cocaína (205 gramas).

A mala vermelha era de Christyan Vítor, contendo 20 quilos e 215 gramas de maconha (f. 09) e e a mala preta de Pedro Henrique, contendo 23 quilos e 815 gramas de maconha e 205 gramas de cocaína.

Na abordagem, os apelantes afirmaram que a droga seria transportada para o estado de Goiás, sendo que já se conheciam, vieram juntos para Ponta Porã-MS, ficaram no mesmo hotel por certo período, receberam a droga e iniciaram o trajeto de volta.

Do apelo do Ministério Público Estadual

Adianto desde já que o apelo do Ministério Público Estadual não merece provimento, sendo que a denúncia sequer deveria ser recebida em relação ao delito descrito no artigo 35, *caput* , da Lei 11.343/2006 .

Prevê referido artigo o seguinte:

> *"Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 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."*

Renato Brasileiro de Lima[1] esclarece que:

> *"Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planejados venha a se concretizar . Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso da expressão 'reiteradamente ou não' a tipificação desse crime depende da estabilidade ou permanência (societas scelaris), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes (CP, art. 29)".*

Ainda acerca do tema, Renato Marcão[2] consigna que:

> *"Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto do art.35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável. [...] É necessário que a associação seja estável; é preciso identificar certa permanência na societas scelaris, que não se confunde com mera coautoria".*

No caso concreto houve simples concurso de agentes, sendo na denúncia não foi consignado nenhum elemento acerca da permanência e estabilidade da referida associação, bem como, ao longo do processo, não foram produzidas provas a esse respeito, pois todas as testemunhas arroladas dizem respeito a único fato, qual seja, o tráfico de drogas.

Percebe-se que das provas existentes nos autos extrai-se apenas que realmente os apelantes residem no Estado de Goiás, Christyan Vítor em Anapólis-GO (f. 14), sendo que declarou na fase policial que conheceu Pedro Henrique no hotel (f. 14).

Em juízo, Christyan Vítor disse que não conhecia Pedro Henrique, não tendo vínculo nenhum com o mesmo.

Pedro Henrique reside em Goiânia-GO e, na fase policial, afirmou que conheceu o corréu no hotel (f. 20) e, na fase judicial, expôs que não conhecia Christyan Vítor anteriormente, não tendo nenhuma relação pessoal com o mesmo, sendo que o primeiro contato foi no hotel em Ponta Porã-MS, tendo chegado no mesmo dia que embarcou de volta. Esclareceu que ao ser contratado nada foi dito sobre outra pessoa no trajeto.

Portanto, as provas reunidas nos autos apontam que os apelados realizaram um único transporte de drogas, ou seja, tráfico de drogas em coautoria ou uma associação meramente eventual.

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Especial Criminal Comentada.** 2ed. Salvador: JusPodivm, 2014 p.754.

2 MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas.** 7 ed. São Paulo: saraiva, 2010, 227-228

Insta salientar que não basta para caracterizar o delito previsto no artigo 35, da Lei 11.343/2006 o fato dos agentes terem ficado no mesmo hotel e seguido viagem juntos, pois é preciso haver provas do *animus* associativo em caráter duradouro e estável com o intuito de traficar drogas.

Aliás:

> *"Conquanto a norma insculpida no art. 35 da Lei Antidrogas se refira à associação para a execução reiterada ou não de crimes, é de se exigir, para a caracterização do tipo em comento, a reunião estável com fins permanentemente ilícitos, sob pena de se punir a coautoria como se delito autônomo fosse. Não comprovada a societas sceleris, mas a mera reunião eventual de dois ou mais agentes, não se os condena pela prática do crime de associação para o tráfico."* (TJMG; APCR 1.0521.08.076042-9/001; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 24/06/2014; DJEMG 03/07/2014)

> *"A conduta descrita no artigo 35 da Lei nº. 11343/2006 consiste em, duas ou mais pessoas, associarem-se com o objetivo de praticar os crimes previstos nos arts. 33 e 34 da Lei de Tóxicos. Porém, não basta que duas pessoas eventualmente pratiquem os crimes alhures declinados, para consumação da associação para o tráfico de drogas, sendo necessário que o vínculo associativo seja duradouro e prévio. Muito embora tenham os Réus sido condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, no caso dos autos, não há prova capaz de demonstrar a consumação do delito de associação para o tráfico."* (TJES; APL 0002576-71.2013.8.08.0014; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Julg. 18/06/2014; DJES 27/06/2014)

> *"Recurso ministerial. Associação para o tráfico. Falta de provas da associação permanente e estável para o cometimento do crime de tráfico. Absolvição mantida. Não existindo nos autos elementos probatórios contundentes capazes de sustentar a efetiva incidência do tipo penal descrito no art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06, mostra-se temerária a condenação pelo crime em debate, sendo a manutenção da absolvição medida imperativa."* (TJSC; ACr 2013.074195-5; Joinville; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco; Julg. 30/04/2014; DJSC 06/05/2014; Pág. 269)

Inexiste violação ao artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, pois

> *"A própria denúncia não expôs as circunstâncias em que se dava a associação entre os denunciados, deixando de consignar se o vínculo associativo, acaso existente, caracterizava-se pela estabilidade e pela permanência."* (TJDF. 2008.011104222-4 APR, Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/11/2009, DJ 25/11/2009 p. 264)".

Também não assiste razão ao Ministério Público Estadual em relação à causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

É que o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, no sentido de que o fato do (a) agente transportar a droga no bagageiro não implica na aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006, pois não demonstrado nenhum ato de difundir o tráfico em local de grande circulação.

Por oportuno:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS (TRANSPORTE PÚBLICO). NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA*

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga. Precedentes. 2. O acórdão impugnado restabeleceu o regime inicial fechado imposto pelo magistrado de primeiro grau em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP (quantidade de droga). Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fixado no acórdão atacado. 3. Não é viável proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois, embora preenchido o requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal (= pena não superior a 4 anos), as instâncias ordinárias concluíram que a conversão da pena não se revela adequada ao caso, ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (= quantidade da droga apreendida). Precedentes. 4. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006." (STF.HC 119811, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, Processo Eletrônico DJE-125 Divulg 27-06-2014 Public 01-07-2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS.DOSIMETRIA. ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO DE MERCANCIA DA DROGA DENTRO DO VEÍCULO COLETIVO. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.1. A Quinta Turma desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.345.827/SC, da minha relatoria, alterou seu posicionamento anterior, firmando entendimento de que a simples utilização de transporte público na prática do crime de tráfico de drogas, por si só, não caracteriza a causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06.2. Assim, a incidência da referida majorante deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância entorpecente no interior do veículo coletivo, o que não se verificou na espécie.3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ. AgRg no REsp 1435617/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014).

Inexiste violação ao em comento porque:

"A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em determinados locais onde se verifique uma maior aglomeração de pessoas, de modo a facilitar a disseminação da mercancia, tais como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes, entre outros. A aplicação da majorante do inciso III exige a comercialização da droga no próprio transporte público, sendo insuficiente a mera utilização do transporte para o carregamento do entorpecente. Precedentes: HC 119.782, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 03.02.14 e HC 109.538, Primeira Turma, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 26.10.12. (STF. HC 118676, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, Processo Eletrônico DJE-062 Divulg 27-03-2014 Public 28-03-2014)".

Dos apelos defensivos

O pedido formulado por Christyan Vítor de absolvição, por ter praticado o delito em estado de necessidade não encontra guarida.

Em sede de alegações finais, a defesa técnica de Christyan Vítor pediu a absolvição pela atipicidade da conduta, por ter havido erro de tipo.

É evidente que meras alegações de dificuldades financeiras, cuja gravidade e intensidade não são possíveis de aferir em segundo grau de jurisdição , por total ausência de prova, não tem o condão de levar à absolvição de Christyan Vítor.

Por oportuno:

> *"2. Estado de necessidade não comprovado, quer como causa de exclusão de ilicitude, quer como causa de redução de pena, diante da falta de comprovação da existência de um conflito entre bens igualmente amparados pela lei, em decorrência de uma situação de perigo que o agente não provocou voluntariamente, nem poderia de outro modo evitar, por não se exigir o perecimento do bem do qual o agente é titular. Meras alegações de dificuldades financeiras, cuja gravidade e intensidade não são possíveis de aferir, não são aptas a atrair a aplicação do estado de necessidade. Condenação mantida*." (TRF-3 - ACR: 908 SP 0000908-62.2010.4.03.6119, Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho, Data de Julgamento: 27/01/2014, Quinta Turma).

Em relação à causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 , assiste razão aos apelantes. Vejamos.

Verifica-se no inquérito policial que no momento da abordagem os apelantes disseram que a droga seria levada para o Estado de Goiás.

Conforme depoimento do policial Gerônimo Ribeiro de Souza, na fase policial, os apelantes disseram que iriam viajar até Dourados-MS, onde pretendiam apanhar um avião para Goiânia-GO (f. 09).

Na fase judicial, Gerônimo Ribeiro de Souza narrou que após localizarem as malas com a droga e identificados os proprietários, os mesmos disseram que iriam levar a droga para Goiânia-GO, e o restante do trajeto seria feito de avião.

José de Oliveira Júnior, na fase policial, narrou que os apelantes disseram que iriam de ônibus até Dourados -MS e de avião para Goiânia-GO.

Christyan Vítor, na fase policial, disse que iria com a mala até Dourados-MS e lá, terceira pessoa iria entregar passagem para Goiânia-GO (f. 14) e, na fase judicial, que transportaria a mala de Ponta Porã-MS a Dourados-MS.

Na fase policial, Pedro Henrique narrou que entregaria a mala para terceira pessoa em Dourados-MS (f. 20) e, em juízo, que o serviço de transporte de droga foi lhe oferecido e que recebeu passagem, com assento marcado, para levar a droga para Dourados-MS, pois este era o percurso mais arriscado e lá receberia a passagem para Goiânia-GO, mas a informação inicial é que a droga ficaria em Dourados-MS.

Conforme termo de exibição e apreensão de f. 36, os apelantes possuíam apenas passagem com destino intermunicipal Ponta Porã-MS/Dourados-MS.

Ora, existe até uma suposição de que a droga seria entregue em Goiânia-MS, mas não existe prova.

Não se sabe se a droga seria deixada em Dourados e se terceira pessoa, de fato iria encontrar com os apelantes para entregar a referida passagem de avião.

Portanto, há mera conjectura e não prova concreta do tráfico interestadual e, em Direito Penal, a dúvida beneficia o réu, razão pela qual decoto a causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006.

Por oportuno:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE DROGAS. MAJORANTE NÃO COMPROVADA. DECOTE. NECESSIDADE. RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 0. 1. Não havendo prova da ocorrência do tráfico ilícito de drogas entre Estados, o decote da majorante é medida que se impõe. 02. É indispensável fundamentação concreta para a imposição da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária acima do mínimo legal, sem o que a redução para esse patamar se faz necessária."* (TJMG; APCR 1.0518.14.007396-7/001; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 20/10/2015; DJEMG 29/10/2015).

Por outro lado, não fazem os apelantes jus ao tráfico privilegiado.

Embora não reconhecida a associação para o tráfico, os mesmo integraram organização voltada para o narcotráfico ao aceitarem fazer o transporte da droga.

Ora, pondera-se que nenhuma pessoa sem envolvimento com o narcotráfico seria recrutada via aplicativo de celular ou por outro meio para transportar mais de 20 quilos de maconha, sem no mínimo já conhecer todo o esquema criminoso.

Isto, sem mencionar a quantidade de cocaína, droga de altíssima lucratividade.

No caso concreto extrai-se toda uma estrutura logística: em uma ponta da operação houve a aquisição da droga em grande quantidade, o preparo da mesma, o recrutamento dos apelantes, pessoas de baixo poder aquisitivo, a aquisição das passagens, todas os envolvidos sendo remunerados e em outro setor haveria quem a recebesse e prepara-se para o consumo, com a posterior distribuição.

Portanto, dos fatos ocorridos é visível que o apelante efetivamente figurou como membro integrantes de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Ainda sobre a questão, consignou o Ministro Gilmar Mendes, do STF em caso de tráfico internacional, raciocínio também cabível no caso concreto que:

> *"A 'mula', de fato, integra a organização criminosa 'na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional'. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa – de transporte – está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à 'atividade criminosa' em que o legislador exigiu 'dedicação', ou seja habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do 'integrar organização criminosa'. Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na 'atividade criminosa'. Além disso, não me parece verdadeiro pressupor que o legislador intencionou com a regra dispensar tratamento menos rigoroso ao 'traficante mula' ou, ainda, aos outros com 'participação*

> *de menor importância' e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se essa fosse a intenção, certamente, consubstanciaria uma elementar do tipo. Teríamos, então, um tipo penal derivado"* (*In:* STF.HC 101265, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, DJe-153 Divulg 03-08-2012 Public 06-08-2012 Ement Vol-02656-01 PP-00001).

Passo ao redimensionamento das penas.

Christyan Vítor

A pena-base de Christyan Vítor é a seguinte (f. 455-456):

> *"A natureza da droga indica duas substâncias, a maconha e a cocaína, o que lhe é desfavorável, ante a diversidade de substâncias. A quantidade de droga é relevante, somando 44 quilos de maconha e 205 gramas de cocaína, o que também lhe desfavorece. A culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, não ultrapassa os limites trazidos pela norma penal; quanto aos antecedentes, conforme firme entendimento do e. STJ, em respeito ao princípio da não culpabilidade, somente podem ser considerados em desfavor do réu os fatos pelos quais houver sentença condenatória transitada em julgado antes da conduta criminosa ora julgada; sua conduta social, pelo mesmo motivo, não pode ser utilizada em seu desfavor e, além disso, outros elementos não há para que essa circunstância aumente sua pena; quanto à personalidade do agente são necessários elementos técnicos para sua aferição e tais elementos não constam nos autos; os motivos do crime estão previstos no próprio tipo penal; as circunstâncias foram normais para a espécie; as consequências do crime foram graves e já são punidas na tipicidade objetiva do delito; não há que se falar em comportamento da vítima. Sopesadas essas circunstâncias, fixo sua pena-base em 07 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa".*

Como a quantidade da droga já foi utilizada para afastar o tráfico privilegiado, a mesma deve ser decotada da pena-base para não haver *bis in idem.*

Outrossim, Christyan Vítor transportava a mala vermelha, contendo somente maconha, sendo que a natureza da cocaína não pode lhe prejudicar.

Desta forma, reduzo a pena-base para 6 anos e 6 meses de reclusão e 650 dias-multa.

Na segunda fase, tendo em vista a atenuante da confissão, reduzo a pena em 6 meses e 50 dias-multa, como fez o julgador singular (f. 456), ficando a pena fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento de pena, fica a mesma definitivamente fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Aplico o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal e fixo o regime inicial semiaberto, foi o apelante, por este processo, encontra-se preso cautelarmente desde 22 de maio de 2014, ou seja, há mais de 1 ano e 9 meses e, ainda, considerando que Christyan Vítor é primário.

Pedro Henrique

A pena-base de Pedro Henrique é idêntica à do corréu (f. 456-457), razão pela qual decoto a quantidade de droga como vetor negativo.

Contudo, como Pedro Henrique transportava maconha e cocaína, esta última droga de altíssima lesividade, fixo a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão e 680 dias-multa.

Na segunda fase, tendo em vista a atenuante da confissão, reduzo a pena em 6 meses e 50 dias-multa, como fez o julgador singular (f. 457), ficando a pena fixada em 6 anos e 2 meses de reclusão e 620 dias-multa.

Observo que não há o que se falar em violenta emoção para reduzir a pena, por ter Pedro Henrique descoberto ser portador do vírus HIV.

Ao ser ouvido em juízo, Pedro Henrique disse que morava em Goiânia-GO, com seu irmão e sobrinho, onde era professor contratado do Estado, sendo que acrescia sobre seu quadro de saúde que era soropositivo e desde junho deveria estar tomando medicamentos, não sabendo como estava sua carga viral e não sabia como estava sua imunidade e, ainda, que praticou o delito por estar passando por dificuldades financeiras, estando sem receber por seis meses, sendo que pagava aluguel.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento de pena, fica a mesma definitivamente fixada em 6 anos e 2 meses de reclusão e 620 dias-multa.

Aplico o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal e fixo o regime inicial semiaberto, foi o apelante, por este processo, encontra-se preso cautelarmente desde 22 de maio de 2014, ou seja, há mais de 1 ano e 9 meses e, ainda, considerando que o mesmo é primário.

Ante o exposto, contra o parecer:

Nego provimento ao apelo do Ministério Público Estadual.

Dou provimento parcial ao apelo de Christyan Vítor Brambilla para redimensionar a pena-base e decotar a causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, ficando sua pena pela prática de tráfico de drogas reduzida para 6 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 600 dias-multa.

Dou provimento parcial ao apelo de Pedro Henrique Cavalcante da Silva para redimensionar a pena-base e decotar a causa de aumento do artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, ficando sua pena pela prática de tráfico de drogas reduzida para 6 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 620 dias-multa.

A Sra. Des. Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Vogal)

Prima facie, insta ressaltar que este julgador possui entendimento de que inexiste *bis in idem* na consideração da quantidade e espécie de droga para o aumento da pena-base, bem como para efeito da modulação da fração redutora do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Todavia, *in casu*, a situação se afigura ainda mais patente, eis que o mesmo parâmetro foi utilizado para exasperação da pena-base e como fundamento para a não concessão da diminuta da conduta eventual.

Com efeito, os julgados provenientes dos Tribunais Superiores são expressos em condenar a utilização da natureza e quantidade de droga para fins de exasperação da pena-base e, concomitante, como parâmetro de quantificação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, vez que tal proceder ensejaria *bis in idem* – conquanto este magistrado não coadune com tal formulação.

Ocorre que o entendimento esposado pelo e. relator não encontra respaldo nem nos requisitos legais para aplicação da referida diminuta, tampouco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O raciocínio que se busca demonstrar é assaz simples. Se os maus antecedentes – ou até mesmo a reincidência – servem, ao mesmo tempo, para exasperar a pena e impedir a concessão da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas – sem que isto configure *bis in idem*, por qual razão a consideração da quantidade de droga para influenciar tais parâmetros se afiguraria dupla punição?

Obviamente que não há *bis in idem* em considerar a quantidade de droga na primeira fase da dosimetria da reprimenda, e ao mesmo tempo tal circunstância ser utilizada como fundamento para extrair a conclusão de que o acusado ao menos colabora com organização criminosa.

A propósito:

> *"(...) 6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.*
>
> *7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF. (...)"* [3]

Assim, outra conclusão inexiste, a não ser manter a pena-base dos acusados tal qual lançada na sentença.

Ademais, é de se ter em mente que o fato de Christyan transportar a mala que somente continha maconha não afasta a negativação das circunstâncias do crime baseada na natureza da droga apreendida por Pedro – cocaína – eis que aquele aderiu à conduta deste, notadamente em razão de realizarem o transporte de maneira conjunta.

A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, deve incidir *in casu*, pois os acusados foram presos em flagrante quando transportavam a droga interior de um ônibus.

Nesse passo, a repressão mais severa àqueles que cometem a infração em meios de transporte coletivo, na modalidade típica "transportar", legitima-se em virtude da maior dificuldade que a fiscalização terá para individualizar o proprietário da droga.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou jurisprudência:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS EM TRANSPORTE COLETIVO – ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006 – CAUSA DE AUMENTO – INCIDÊNCIA.*

3 STJ, HC 211.004, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 01/10/2015, DJ 19/10/2015.

> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a mera utilização do transporte público como meio para realizar o tráfico de entorpecentes é suficiente à incidência da causa de aumento pertinente, que também se destinaria à repressão da conduta de quem se vale da maior dificuldade da fiscalização em tais circunstâncias para melhor conduzir a substância ilícita.*
>
> *2. A aplicação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, portanto, não se limita às hipóteses em que o agente oferece o entorpecente às pessoas que estejam se utilizando do transporte público.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.*"[4]

Destarte, a manutenção da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, é medida que se impõe.

De igual modo, inexistem razões para o abrandamento do regime prisional, eis que a fixação do mesmo deve se orientar pelos preceitos do art. 33, do Código Penal.

Acerca da matéria leciona a doutrina:

> *"Prevalece, portanto, o arbítrio do Julgador na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, sendo as regras enunciadas no § 2º do art. 33 meramente enunciativas.*
>
> *Fundamental, portanto, a análise das circunstâncias judiciais para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Aliás, o próprio art. 59 do Código Penal determina que o Juiz, atendendo às circunstâncias judiciais ali elencadas, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.*"[5]

Vê-se, pois, que o regime prisional é determinado primordialmente pela análise das circunstâncias judiciais e pelo binômio necessidade e suficiência para reprovação do delito praticado.

No caso em apreço foi apreendida grande quantidade de droga – 44,03 kg (quarenta e quatro quilos e trinta gramas) de maconha e 205 g (duzentos e cinco gramas) de cocaína – restando caracterizado o elevado potencial de disseminação.

A propósito, colhem-se arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, em razão da quantidade da substância entorpecente apreendida - 2.030 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.*" [6]
>
> *"Considerando a quantidade e a qualidade da droga apreendida em poder da paciente - 374g de maconha e 23g de cocaína -, mostra-se adequada a imposição do regime inicial fechado.*"[7]

Dessarte, é de ser mantido o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Finalmente, preserva-se a dosimetria efetuada pelo julgador singelo, eis que decotada a causa de aumento de pena referente à interestadualidade, porém incluída aquela que se refere ao transporte da droga em transporte coletivo.

4 AgRg-REsp 1333564/PR, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/05/2013, DJ 23/05/2013.
5 CARVALHO NETO, Inácio de. Aplicação da pena, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 151.
6 HC 301.312/MT, 6ª T., rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 02/10/2014, DJ 13/10/2014.
7 AgRg-HC 299.675, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, j. 02/10/2014, DJ 09/10/2014.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, apenas para fazer incidir a majorante do art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06; e, dou parcial provimento aos apelos manejados por Christyan Vítor Brambilla e Pedro Henrique Cavalcante da Silva, apenas para decotar a causa de aumento de pena do art. 40, V, da Lei de Drogas, por falta de provas da ocorrência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto relator. Decisão contra o parecer. Por maioria, deram parcial provimento aos recursos da defesa, nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão contra o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0802221-35.2014.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – POSSIBILIDADE – DINHEIRO – APREENSÃO FORA DOS LIMITES DA DECISÃO – VEÍCULO E BENS DE MICROEMPRESA – PROVA DA LEGÍTIMA PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE INTERESSE AO DESLINDE PROCESSUAL – BENS DE TERCEIRO NÃO SUJEITO AO PERDIMENTO – RECURSO PROVIDO.

A busca e apreensão deve se ater aos limites da decisão judicial, devendo ser devolvida quantia em espécie apreendida de forma que extrapola referida ordem judicial.

Restitui-se à microempresa veículo, CRLV do mesmo, ponto de frequência e holerites de funcionários, pois se tratam de bens de terceiros não arrolados na denúncia como sujeitos a perdimento, bem como, não interessa ao deslinde da ação penal, uma vez que o vereador proprietário da referida microempresa não foi denunciado e nem há inquérito em andamento por crimes ligados a lavagem de dinheiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Elias Alves Júnior e Elias Alves - ME ingressaram com ação de restituição de bens apreendidos de terceiros, pleiteando a restituição dos veículos Ford/Fiesta, de cor preta, de placas OOl 7053, bem como seu CRLV e talonário de financiamento, Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361 e seu CRVL, a quantia de R$ 5.000,000 e cartões de pontos e holerites de funcionários da referida empresa, todos os bens apreendidos na chamada “Operação Atenas”, que culminou na denúncia de Elias Alves pela prática de organização criminosa organização criminosa (art. 1º, §§ 1º e 4º, II, da Lei 12.850/13).

O pedido foi parcialmente deferido, sendo restituído a Elias Alves Júnior o veículo Ford/Fiesta, de cor preta, de placas OOl 7053, bem como, seu talonário de financiamento (f. 127-128).

Inconformado, Elias Alves - ME interpôs apelação às f. 132-143.

Para tanto, narra que "*No dia 08 de outubro de 2014, a Polícia Federal local, mediante ordem judicial, cumpriu ordem de busca e apreensão dos bens de Elias Alves, assim como dos demais 12 (doze) vereadores da casa de leis local. O mandando de busca e apreensão em comento, dizia respeito, tão-somente aos bens de Elias Alves, não fazendo qualquer menção às coisas de terceiros, mesmo assim, foram apreendidos objetos de pessoas que em nada corroboraram para a deflagração da operação. Conforme se verifica do Termo de Apreensão 166/2014 acostado ao pedido incidental indeferido, mais especificamente nos itens 01, 02, 03, 04, 05, 09 e 11, percebe-se que, além de diversos bens sequestrados do indiciado Elias Alves, ainda foram confiscados bens que diziam respeito a terceiros estranhos a este procedimento policial e judicial, tais quais, os do apelante*".

Afirma que a quantia de cinco mil reais, o veículo Toyota Corolla e documentos são de propriedade da empresa e não estavam abrangidos no mandado judicial e, Elias Alves não foi denunciado por corrupção, não podendo imputar ao mesmo desvio de verba pública.

Argumenta que é terceira de boa-fé e houve ilegalidade na apreensão dos bens.

Ao final, pugna pela restituição do veículo Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361 e seu CRVL, a quantia de R$ 5.000,000 e cartões de pontos e holerites de funcionários.

O Ministério Público Estadual deixou de apresentar contrarrazões por atuar como *custos iuris* (f.150).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 157-161) pelo improvimento do recurso.

Manifestação do apelante, às f. 163-165, com documentos de f. 166-176.

A Procuradoria-Geral de Justiça ratifica seu parecer, às f. 180-181.

Manifestação do apelante, às f. 184-186, com documentos de f. 187-192.

Por este relator, às f. 193, observado o seguinte, para nova manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"Em prestígio art.10, do NCPC, abra-se vista à Procuradoria-Geral de Justiça para se manifestar sobre a ilegalidade da apreensão do veículo Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361 e seu CRVL, a quantia de R$ 5.000,000 e cartões de pontos e holerites de funcionários da microempresa Elias Alves - ME, por extrapolar o objeto do mandado de busca e apreensão (f. 86-87), bem como, sobre o fato de Elias Alves, na Ação Penal nº 0006140-02.2013.8.12.0029 só ter sido denunciado pela prática de organização criminosa (art. 1º, §§ 1º e 4º, II, da Lei 12.850/13), não havendo indicação de que o mesmo desviou dinheiro público para a compra de bens da referida empresa e nem os mesmos foram arrolados na denúncia como bens de terceiros sujeito a perdimento. Prazo: 5 (cinco) dias".*

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, mantido o parecer pela improcedência do apelo (f. 197-198)

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Elias Alves - ME contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, às f. 127, que determinou a restituição do veículo de Elias Alves Júnior e indeferiu o pedido de restituição dos bens da referida microempresa.

Para melhor compreensão da matéria, mister se faz um resumo fático:

Elias Alves era vereador na cidade de Naviraí-MS.

Foi realizada em Naviraí-MS, no dia 8 de outubro de 2014, a chamada Operação Atenas, precedida de 11 meses de investigação para apurar delitos cometidos contra a Administração Pública (peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro) e formação de organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013) com a realização de interceptações de conversas telefônicas e ambientais.

Na referida operação, foram cumpridos diversos mandados de busca e apreensão, sequestro de bens e valores de diversas pessoas, entre elas, de Elias Alves e, ainda, conduções coercitivas de 29 pessoas e diversas diligências.

Elias Alves é proprietário da Elias Alves - Me, prestadora de serviços de mão-de-obra civil, CNPJ 09.026.222/0001-58 (f. 17-18).

Ao deferir a busca e apreensão, o juiz singular consignou que poderiam ser apreendidos "*hard disks de computadores e notebooks utilizados e/ou localizados no endereço acima, documentos de qualquer natureza que digam respeito aos fatos apurados na investigação em epígrafe, bem como, outros objetos, necessários à prova das supostas infrações. Conste tal observação nos mandados*" (f. 86) [...] *"Defiro o pedido da autoridade policial quanto à autorização de apreensão de valores, sempre que estes forem de importe maior de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e em espécie" (f. 87).*

De acordo com o Termo de Apreensão de f. 115, foram apreendidos: Cinco mil reais em espécie, CRLV dos veículos Toyota Corolla e Ford Fiesta, os veículos Ford/Fiesta , de cor preta, de placas OOl 7053 e Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361, 99 cartões de ponto em nome de diversas pessoas, 14 talonários de cheques do Banco Bradesco, 7 talonários de cheques da CEF, 20 talonários de cheques do Banco Itaú, holerites em nome de terceiros, 1 folha de cheque assinado por Solange Olímpia, talonário de financiamento do veículos apreendido Ford/Fiesta, declaração de acréscimo patrimonial em nome de Érica Alves, documentos de movimentação financeira da Câmara Municipal de Naviraí-MS, relações de servidores da referida Casa de Leis que contrataram empréstimo consignado, 4 HDs (dois internos e 2 externos) 1 comprovante de depósito de cinco mil reais em nome de Elias Alves, datado de 20/6/2014.

Conforme consignado no relatório, o julgador singular deferiu a restituição do veículo Ford/Fiesta, de cor preta, de placas OOl 7053, bem como, seu talonário de financiamento a Elias Alves Júnior (f. 127-128).

Versa o apelo sobre os bens apreendidos de Elias Alves - ME, quais sejam, o veículo Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361 e seu CRVL, a quantia de R$ 5.000,000 e cartões de pontos e holerites de funcionários.

A apreensão de cinco mil reais em espécie foi absolutamente ilegal, sendo que referida quantia em dinheiro deve ser devolvida.

A questão nem é se o dinheiro pertence a Elias Alves ou a microempresa Elias Alves - ME.

É que referida apreensão foi absolutamente ilegal, por extrapolar o objeto do mandado.

Com efeito. Ficou claro na decisão que deferiu a busca e apreensão o seguinte *"Defiro o pedido da autoridade policial quanto à autorização de apreensão de valores, sempre que estes forem de* ***importe maior de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e em espécie****"* (f. 87).

No caso, apreendido o valor exato de cinco mil em espécie, o que viola o objeto do mandado de busca e apreensão.

Quanto ao veículo Toyota Corolla, extrai-se do Sistema Integrado de Gestão Operacional - Sigo, consulta em 22 de março de 2016 que o mesmo pertence a Elias Alves - ME, ou seja, à pessoa jurídica.

Pois bem. Foi pedida busca e apreensão de bens dos vereadores, no caso Elias Alves, por ser o mesmo pessoa investigada, não havendo menção à pessoa jurídica Elias Alves - ME, como no caso do vereador Cícero dos santos, em que havia suspeita de lavagem de dinheiro na loja de sua companheira Mainara Malinski, de nome "Loja Bogadana" (f. 96-97).

Elias Alves, na Ação Penal 0006140-02.2013.8.12.0029 somente foi denunciado pela prática de organização criminosa (art. 1º, §§ 1º e 4º, II, da Lei 12.850/13), não havendo indicação de que o mesmo desviou dinheiro público para a compra de bens da referida empresa e nem os mesmos foram arrolados na denúncia como bens de terceiros sujeito a perdimento.

A restituição de coisas apreendidas no curso de inquérito ou de ação penal condiciona-se a três requisitos cumulativos, quais sejam: Demonstração cabal da propriedade do bem pelo requerente (art. 120, *caput,* CPP); ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução judicial na manutenção da apreensão (art. 118 CPP) e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (art. 91, inc. II CP).

No caso telado, o recorrente preenche os requisitos necessários para a restituição do bem apreendido, pois comprovou ser seu proprietário do veículo Toyota Corolla, o bem não interessa para o deslinde processual, uma vez que não há denúncia por lavagem de dinheiro e sequer a microempresa apelante foi mencionada nas medidas investigatórias e referido veículo não está sujeito a perdimento, por não ter sido referido pedido formulado na denúncia da Ação Penal 0006140-02.2013.8.12.0029.

Da mesma forma, não é razoável que o Ministério Público Estadual permaneça, há mais de 1 ano e 4 meses, com cartões de pontos e holerites de funcionários da microempresa do requerente.

No Sistema Integrado de Gestão Operacional – Sigo, não há registro de nenhum novo inquérito policial contra Elias Alves, bem como, não há demonstração de que forma tais documentos sejam relevantes para a instrução processual, podendo, o *parquet* permanecer na posse de cópia dos mesmos.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao apelo interposto por Elias Alves - ME a fim de determinar a restituição do o veículo Toyota Corolla, cor prata, placa HIT - 5361, com seu CRVL, a quantia de R$ 5.000,000 em espécie, cartões de pontos e holerites de funcionários da referida empresa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 12 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0019853-60.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – DENÚNCIA POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA – SENTENÇA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA – TEORIA DO *AMOTIO* – DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ROUBO – RECURSO PROVIDO.

"*Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*" (STJ. REsp 1351255/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 5 de abril de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Leonardo Cardoso Ortelhado como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal e artigo 16, inciso I, da Lei 10.826/03, porque, no dia 16/5/2015, por volta de 18h30 ingressou na "Farma Total", localizada na Avenida Marechal Deodoro, 996 - Vila Bandeirante, em Campo Grande-MS e, mediante ameaça com o emprego de arma de fogo – revólver Rossi, calibre .38, com numeração .38 - , subtraiu da drogaria a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) e 03 (três) aparelhos celulares, sendo que foi detido por policiais no momento em empreendia fuga.

A denúncia foi julgada parcialmente procedente (f. 137-152), sendo Leonardo Cardoso Ortelhado absolvido da prática do delito descrito no artigo 16, inciso I, da Lei 10.826/03 e condenado pela prática do delito descrito no artigo 157, § 2º, inciso I c/c artigo 14, inciso II c/c artigo 70, todos, do Código Penal, razão do inconformismo do Ministério Público Estadual (f. 159-166).

Para tanto, argumenta que o roubo foi consumado, pois o apelado se apossou da *res furtiva*, empreendeu fuga e foi perseguido pela autoridade policial. Pugna pelo provimento do recurso para afastar a tentativa.

Contrarrazões de Leonardo Cardoso Ortelhado (f. 170-174) pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 186-190) pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual.

Leonardo foi denunciado nos seguintes termos:

> *"Consta do Boletim de Ocorrência que no dia 16 de maio de 2015, por volta das 18h30min, o denunciado ingressou no estabelecimento comercial denominado "Farma Total", localizado na Avenida Marechal Deodoro, nº 996, Bairro Vila Bandeirante, nesta capital, e, mediante ameaça com o emprego de arma de fogo, subtraiu da drogaria a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) e 03 (três) aparelhos celulares. Ocorre que policiais militares faziam rondas nas proximidades do local e perceberam a ação delituosa sendo que, no momento em que o denunciado empreendia fuga, foi detido pelos policiais que localizaram e apreenderam a res furtiva, bem como a arma de fogo utilizada na pratica delitiva. Leonardo Cardoso Ortelhado foi, por conseguinte, preso em flagrante delito e encaminhado à Delegacia de Polícia. Foi constatado que a arma de fogo empregada tratava-se de um revólver, marca Rossi, calibre 38, com numeração raspada. Ao ser interrogado, o denunciado Leonardo Cardoso Ortelhado, confessou a prática do delito, detalhando como o praticou, afirmando também que adquiriu a arma de fogo há cerca de dois meses na cidade de Ponta Porã/MS, pela quantia de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), admitindo ter raspado sua numeração. Ressalta-se que o crime de roubo majorado pelo emprego de arma e o porte de arma ocorreram em momentos diferentes, bem como o delito de porte de arma de fogo já estava consumado, posto que não foi crime meio. Portanto, não se aplica ao caso em tela o princípio da consunção".*

Versa o apelo ministerial sobre a desclassificação do delito feita na sentença para a modalidade tentada.

O policial militar Renato de Souza, na fase policial, narrou que estava, com sua guarnição, realizando ronda, quando percebeu o roubo na Farma Total e pararam a viatura em frente ao local. Contou o rapaz saiu correndo, com uma arma de fogo na mão e foi rapidamente alcançado, mas conseguiu se jogar o revólver calibre.38 em um terreno baldio antes de ser abordado (f. 08-09) e, em juízo, que Leonardo fugiu da abordagem, tendo dois policiais corrido atrás dele e tendo contornado o quarteirão com a viatura, dando de frente com ele. Expôs que a arma foi encontrada em uma casa do lado, em cima de uma árvore.

Roberto Paes da Silva, policial militar, na fase policial, expôs Leonardo saiu correndo da farmácia, com a arma de fogo na mão, jogando a mesmo em um terreno baldio, antes de ser abordado (f. 11-12) e, na fase judicial, confirmou que Leonardo foi avistado dentro da farmácia, saiu correndo, foi atrás do mesmo, no meio da quadra jogou a arma, tendo dado voz de prisão ao mesmo.

Érica Marisa Rodrigues, na fase policial, contou que estava na farmácia quando Leonardo anunciou o assalto, com a arma em punho, fechou todas as portas de blindex do comércio, fez a mesma colocar o dinheiro do caixa em uma sacola. Disse que o assaltante mandou a mesma e Sebastião para os fundos da farmácia e ao ver os policiais, o assaltante saiu correndo pelas portas laterais, correu por 20 metros e foi abordado por policiais. Acresceu que o assaltante havia levado seu aparelho celular Samsung da farmácia, além do dinheiro (f. 13-14).

Em juízo, Érica Marisa Rodrigues explicou que o roubo ocorreu em um sábado, tendo Leonardo entrado na porta lateral e já anunciado o assalto, sendo que estava sentada no caixa e o outro funcionário no balcão. Narrou que entregou o dinheiro do caixa e o mesmo exigiu seu aparelho celular, mas o mesmo exigia mais dinheiro, ameaçando de morte e pegou mais dois celulares, um de uso da farmácia e outro seu. Contou que a viatura policial encostou do lado da farmácia, com o giroflex ligado, tendo insistido para o mesmo ir embora pela porta lateral e Leonardo saiu, mas logo foi capturado, tendo recuperado o aparelho celular. Expôs que ouviu os policias dizendo para o assaltante parar e, ao olhar, o mesmo estava bem para cima da farmácia, pois tentou correr.

Sebastião Souza de Carlos Benevides, na Delegacia de Polícia, contou que trabalha com Érica na Farma Total e um rapaz entrou no estabelecimento comercial, sacou a arma e anunciou o assalto, tendo sua colega colocado o dinheiro do caixa na sacola, os levou para os fundos e ao retornar, viu a guarnição policial, tendo o assaltante se evadido pela porta lateral e logo foi capturado (f. 15).

Na fase judicial, Sebastião Souza de Carlos Benevides, confirmou que trabalha na farmácia e no dia do roubo Leonardo chegou pela porta lateral, armado, anunciou o assalto, pegou todo o dinheiro do caixa, o aparelho celular da funcionária do caixa e exigiu mais dinheiro, levando-os para o fundo. Expôs que ao retornarem a viatura da polícia estava chegando e Érica mandou o mesmo embora, sendo que o mesmo se evadiu pela porta lateral, levando o dinheiro, o celular de sua colega e dois celulares do balcão.

Leonardo, na Delegacia de Polícia, confessou que praticou o roubo, subtraindo o dinheiro (f.17-18).

Em juízo, Leonardo, mais uma vez confessou ter praticado o assalto, exibindo a arma de fogo que era emprestada para sua defesa.

É evidente que o delito foi consumado, pois "*Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.* (STJ. REsp 1351255/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)".

Ora, no caso concreto, Leonardo retirou o dinheiro do caixa da farmácia, colocou em uma sacola, e se apossou de três aparelhos celulares, saindo do local correndo, tendo jogado a arma fora , ou seja, pela teoria do *amotio*, adotada pelos tribunais superiores, consumado do delito no momento em que o dinheiro e os aparelhos celulares- bens subtraídos - passaram para a esfera de domínio do agente, ainda que, como no caso concreto, por curto espaço de tempo, não sendo preciso, para a consumação do delito, que referida posse seja mansa e pacífica.

Portanto, provido o apelo do Ministério Público Estadual para condenar Leonardo pela prática do delito descrito no artigo 157, § 2º, incisos I, do Código Penal c/c artigo 70, *caput* (por duas vezes), do Código Penal

Passo à nova dosimetria da pena.

Mantida a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa (f. 148).

Na segunda fase, presentes duas atenuantes, quais seja, menoridade relativa e confissão, que não serão aplicadas, conforme sentença (f. 148).Sem agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena.

Presente a causa de aumento do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, exaspero a pena em 1/3, ficando a mesma em 5 anos, 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Mantenho o aumento de 1/6 pelo concurso formal, feito pela julgadora singular

Fica a pena definitivamente fixada em 6 anos, 2 meses e 20 dias, e 15 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Inviável a aplicação dos artigos 44 e 77, do Código Penal, pois não preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Mantido o regime prisional inicial semiaberto.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Estadual para condenar Leonardo Cardoso Ortelhado, pela prática do delito descrito no artigo 157, § 2º, inciso I c/c artigo 70, *caput* (duas vezes), ambos do Código Penal, fixando a pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto, e 15 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência da Exma. Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 05 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0008033-51.2009.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO – RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE DANO QUALIFICADO PELO USO DE INFLAMÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DE QUE A RECORRENTE ATEOU FOGO EM CASA HABITADA – PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS MAUS ANTECEDENTES – PROCEDENTE – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – PROCEDENTE – CONFISSÃO UTILIZADA PELO MAGISTRADO SINGULAR COMO RAZÕES DE DECIDIR – IMPOSSIBILIDADE DE LEVAR A PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, SEGUNDO SÚMULA 231 DO STJ – PLEITOS DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA – CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA DEFERIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não deve ser desclassificado o crime de incêndio para o de dano se as provas são de que a recorrente ateou fogo em casa habitada causando perigo de dano às residências próximas e a pessoas que tentavam debelar o fogo.

Deve ser afastada da pena-base a circunstância relativa aos maus antecedentes, posto que não há prova de condenação definitiva da apelante, aplicando-se a súmula 444 do STJ.

Deve ser reconhecida a atenuante da confissão, posto que utilizada pelo magistrado singular como razões de decidir, sem, no entanto, conduzir a pena abaixo do mínimo legal, *ex vi* da súmula 231 do STJ.

Considerando a pena aplicada, afastada a única circunstância desabonadora da recorrente, e não havendo prova de reincidência, cabe o regime de cumprimento de pena aberto.

Por idênticos motivos, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do inciso I do art. 44 do CP.

Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Sueli de Souza Oliveira foi condenada a 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 18 dias-multa, pela prática do crime de incêndio em casa habitada, prevista no art. 250, § 1º, II "A" do CP.

Inconformada, recorre pleiteando a desclassificação do crime de incêndio para o de dano mediante uso de fogo sob o argumento de que não há provas nos autos a comprovar que houve perigo efetivo e concreto para coisas e pessoas a tipificar o delito.

Alternativamente, requer o afastamento da circunstância dos maus antecedentes alegando que a certidão encartada às f. 132 não são da apelante, devendo a pena-base ser reduzida ao mínimo legal, requer ainda o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a fixação do regime aberto e substituição da pena.

O *parquet* contra-arrazoa, às f. 170-179, pelo parcial provimento do recurso para se afastar os maus-antecedentes, fixar o regime aberto e substituir a reprimenda.

O Parecer Ministerial opina, às f. 194-203, pelo parcial provimento do recurso para afastar os maus-antecedentes, fixar o regime aberto e substituir a reprimenda.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Do pedido de desclassificação:

A recorrente alega que o crime de incêndio deve ser desclassificado para o de dano pelo uso do fogo por reputar que não há provas de que houve o perigo efetivo e concreto necessário para a tipificação do delito em tela.

O art. 250 do CP assim prescreve:

> *"(...) Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:*
>
> *Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.*
>
> *(...) § 1º - As penas aumentam-se de um terço: (...) II - se o incêndio é:*
>
> *a) em casa habitada ou destinada a habitação (...)".*

A recorrente, ouvida somente na fase policial às f.66-67, (posto que revel, cf. f. 126), relata que morava na residência de sua genitora e, diante da negativa desta em vender o imóvel e repartir sua parte da herança, ateou fogo no referido imóvel visando destruí-lo, veja-se:

> *"(...) Queria que sua mãe e seus irmãos vendessem aquela residência, onde residia sozinha, e repartisse o dinheiro apurado, pois não queria mais morar naquela casa e gostaria de comprar uma outra residência numa outra localidade que não a cidade de Dourados/MS; Que, diante da negativa dos familiares em vender a residência, ou mesmo*

passar à interroganda a parte que lhe cabia, resolveu por bem atear fogo à residência; Que, diante do propósito de acabar com a residência, num dia por volta do meio dia mais ou menos, munida de seu colchão ateou fogo ao mesmo que logo se alastrou por toda a residência que era construída em parte de madeira, permanecendo apenas onde é construída em alvenaria, uma vez que o Corpo de Bombeiros chegou e conseguiram debelar o incêndio (...)".

A genitora da vítima, e proprietária da casa, em juízo, deixa patente que a recorrente, visando ao seu quinhão hereditário, ateou fogo em casa habitada, destruindo patrimônio gravado com usufruto em seu favor, veja-se:

"(...)"JUIZ: Consta-se de ação penal movida em desfavor Sueli de Souza Oliveira, sobre a alegação de que no dia 09 de julho de 2000, por volta das 13:0, na Rua Cuiabá, em Dourados, ela teria causado um incêndio em casa destinado a habitação. Foi na sua casa, é isso?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Com a palavra o Ministério Público.

MP: Como que os fatos ocorreram, como que a senhora soube que a sua casa estava sendo incendiada?

DEPOENTE: Ah, eu soube, quando eu soube já tinha queimado tudo já.

JUIZ: Tudo?

DEPOENTE: O vizinho me ligou, um dos vizinhos lá me ligou, já tinha queimado tudo.

MP: Quem morava na residência?

DEPOENTE: Só ela, ela tinha recém separado, só ela morava.

JUIZ: Mais era sua a casa?

DEPOENTE: Sim, era ainda, é até hoje o tereno.

MP: Sim. E por que, que ela ateou fogo na casa?

DEPOENTE: Ah, segundo ela , diz ela que falou isso né..

MP: A sua filha né, a acusada?

DEPOENTE: É , segundo ela , ela disse que fez isso para me obrigar a vender para dar a parte dela. Segundo ela né.

MP: Havia casas próximas?

DEPOENTE: Sim.

MP: E esse fogo, houve destruição total da casa, parcial?

DEPOENTE: Não, houve total destruição.

MP: Total?

DEPOENTE: Total.

MP: E quem conseguiu debelar esse fogo, foi o Corpo de Bombeiros?

DEPOENTE: Corpo de Bombeiros. Sim.

MP: A senhora confirma o depoimento que a senhora prestou na Delegacia de Polícia?

DEPOENTE: Se eu confirmo?

MP: É.

DEPOENTE: Sim, é tudo que eu sei né.

MP: Ok, muito obrigado. Sem maias perguntas.

JUIZ: Com a palavra a Defesa.

DEFESA: Sem perguntas.

JUIZ: A casa era feita de madeira ou alvenaria?

DEPOENTE: Ela era de madeira e uma parte atrás era de material.

JUIZ: Quem que morava nessa casa?

DEPOENTE: Ela mesma.

JUIZ: Ela mesma?

DEPOENTE: Sim, que eu deixei para ela morar né.

JUIZ: E os bens que estavam aqui, que guarneciam eram todos dela?

DEPOENTE: Dentro da casa?

JUIZ: É.

DEPOENTE: Olha, a gente não tinha mais bem nenhum, porque segundo ela mesma tinha vendido tudo uns dias antes, que estava com vontade de ir embora, aí ela queria que eu vendesse lá, eu falei que eu não ia vender, porque é meu uso fruto e deixei para ela morar, e também tem os outros irmãos que tem parte né, aí ela já tinha já acabado com tudo, só tinha uma cama mesmo e as roupas pessoais dela (...)".

Portanto, a recorrente danificou patrimônio pertencente à sua genitora.

Como bem consignado pelo magistrado singular, o laudo pericial às f.79-84 deixou claro que o incêndio cometido pela apelante colocou em risco pessoas que estavam no interior da residência tentando controlar a propagação do fogo, veja-se:

"(...) E ao que consta do laudo pericial de f. 79/84, incidiu a acusada no referido tipo, porquanto em vistoria realizada na tela de arame que protegia o Parque Público, verificaram os Expertos que "tendo em vista que por ocasião do incêndio, segundo informações, existiam pessoas no interior da residência tentando controlar a propagação do fogo, e considerando-se as proporções que o incêndio atingiu, houve perigo para a vida de pessoas (...)".

Dessa forma, a conduta perpetrada pela apelante amolda-se perfeitamente ao crime de incêndio em residência habitada previsto no art. 250, § 1º, II "A" do CP, não havendo falar em desclassificação da conduta.

Do pedido de afastamento da circunstância relativa aos maus antecedentes:

Analisando o documento às f. 96 e f. 131-134 dos autos, constato que não há nenhuma informação de condenação definitiva, portanto os antecedentes criminais utilizados na 1ª fase da pena foram indevidamente utilizados, *ex vi* da súmula 444 do STJ, razão pela qual, deve tal circunstância ser afastada da pena da recorrente.

Considerando que os maus antecedentes eram a única circunstância desabonadora utilizada para elevar a reprimenda inicial, fica a nova pena-base fixada no mínimo legal de 03 anos de reclusão e o pagamento de 10 dias-multa.

Do pedido de incidência da atenuante da confissão:

A apelante confessou, em juízo, às f.66-67, e na fase extrajudicial, que efetivamente ateou fogo em casa habitada, e tal confissão foi utilizada pelo magistrado *a quo* como razões de decidir, devendo, em tese, ser aplicada tal atenuante.

Entretanto, a pena-base foi redimensionada ao mínimo legal, de forma que referida atenuante da confissão não pode levar a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da súmula 231 do STJ.

Nova Dosimetria da Pena

Fica a nova pena assim refeita:

Na 1ª fase – Fica a nova pena-base fixada em 03 anos de reclusão e o pagamento de 10 dias-multa;

Na 2ª fase – Embora reconhecida a atenuante da confissão, não cabe reduzir a pena por força da súmula 231 do STJ, permanecendo a reprimenda em 03 anos de reclusão e o pagamento de 10 dias-multa;

Na 3ª fase – Elevo a pena em 1/3 pela forma qualificada do delito como já fixado na sentença, restando a pena definitiva estabelecida em 04 anos de reclusão e o pagamento de 13 dias-multa.

Quanto ao pedido de fixação de regime aberto, não há óbice (nem circunstancial nem reincidência) que justifique o recrudescimento dele, por isso é cabível o regime aberto para cumprimento da pena.

De igual forma, não há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, posto que o delito não foi cometido com violência nem grave ameaça à pessoa, bem como a pena restou fixada em exatamente 04 anos, nos termos do inciso I do art. 44 do CP.

Dessa maneira, substituo a pena corpórea por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juiz da Execução.

Ante o exposto, em parte com o Parecer, dou parcial provimento ao recurso e assim :

Mantenho a condenação pelo crime de incêndio;

Afasto a circunstância dos maus antecedentes;

Reconheço a atenuante da confissão, sem levar a pena aquém do mínimo legal;

Fixo a pena definitiva em 04 anos de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Fixo o regime aberto e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso. Decisão em parte com o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 26 de abril de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0032464-16.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL COM ABUSO DE PODER – RECURSO MINISTERIAL VISANDO A CONDENAÇÃO DOS APELADOS – IMPOSSIBILIDADE – POLICIAIS QUE PERSEGUEM EM VIATURA PESSOA QUE SE NEGOU A PARAR EM FISCALIZAÇÃO POLICIAL – PESSOA QUE FUGIU EM ALTA VELOCIDADE E COM MANOBRAS PERIGOSAS – POLICIAIS MILITARES QUE AGIRAM SOB A EXCLUDENTE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, DISPARANDO ARMA NÃO LETAL PARA DETER A FUGA – NÃO COMPROVAÇÃO DE AGRESSÕES EM ABUSO DE PODER – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em condenação dos apelantes pelo crime de lesão corporal com abuso de poder se todo ocorrido se deu sob a égide da excludente do estrito cumprimento do dever legal.

Se a vítima se nega a parar na fiscalização policial e foge em alta velocidade e manobras perigosas, e os policiais perseguem até conseguirem deter a fuga, com disparo de arma não letal, não se considera que ocorreu abuso de poder na ação policial.

Recurso improvido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de junho de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso contra decisão singular que absolveu os recorridos Aladir Daflon Neto, André Márcio de Souza, Ben-Hur Amorim de Oliveira, Felipe Neuhaus, Jones Garcia de Jesus e Magnelson Bonfim Reis, todos policiais militares estaduais, do crime de lesão corporal leve, com abuso de poder ou violação de dever, previstos nos arts. 209, § 1º c/c art.70, II, "G" e "L" todos do Código Penal Militar.

O recorrente alega que as provas dos autos informam que os milicianos excederam suas funções ensejando a condenação dos mesmos no crime capitulado na denúncia.

Os recorridos contra-arrazoam, às f. 456-470, pela mantença da decisão.

O Parecer Ministerial opina pelo provimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Os recorrentes foram denunciados porque:

> *"(...) No dia dos fatos, por volta das 21h00min, Márcio e José saíram juntos do trabalho (Sacolão Oshiro) no veículo Vectra de propriedade de Márcio para tomarem cerveja.*
>
> *Nesse ínterim, as guarnições de motocicletas da polícia militar realizavam abordagens, a veículos com placas de fora do Estado, nas proximidades do Posto de Combustível Patrícia, localizado na Av. Marcelino Pires, esquina com a Rua Matogrosso, haja vista que haviam recebido informações de que uma quadrilha de outro Estado estaria se preparando para realizar ação criminosa.*
>
> *Ocorre que, ao passarem ao posto de combustíveis supracitados, Márcio avistou a barreira policial e, como havia feito uso de bebida alcoólica e ainda estava fazendo, dentro do veículo, resolveu não parar, ocasionando assim, uma perseguição por parte dos policiais denunciados, ao longo da Rua Matogrosso, com luminosos e sonoros das viaturas acionados.*
>
> *Na altura do cruzamento com a rua Mozart Calheiros, em frente ao número 2.250, por motivo que não pode ser materializado, conforme o laudo de exame de local de acidente de tráfego, acostado às fls. 59-65, o SD Diego colidiu de frente com um veículo Gol que estava estacionado do lado contrário da pista de rolamento.*
>
> *Diante da situação, o SD Honda parou para prestar socorro ao policial ferido, tendo continuado no encalço dos fugitivos os policiais SD Garcia, SD Daflon, SD Neuhaus, SD Souza, SD Ben-Hur,e SD Reis.*
>
> *Não obstante os disparos terem acercado a parte traseira do veículo e perfurado os dois pneus traseiros, os policiais continuaram a efetuar outros disparos de arma de fogo, fato que fez com que Márcio, temendo pela sua vida, e a de seu sogro, o qual já estava ferido, não continuasse a fuga.*
>
> *Quanto o veículo alcançou o cruzamento com a Rua Cel. Ponciano, Márcio efetuou uma conversão à esquerda, adentrando em uma via não pavimentada, ocasião em que parou o veículo e, depois de ter dado aproximadamente cinco passos, deitou-se ao chão.*
>
> *Malgrado ter se rendido, um dos policiais denunciados aproximou-se do civil e ato contínuo, chutou-lhe o peito, o nariz, e "pisou" em sua face, tendo ainda chutado-lhe o órgão sexual, momento em que a vítima se encolheu, ocasião em que levou um tiro de elastômero nas costas pelo outro policial denunciado, SD Garcia.*
>
> *Por fim, foi chamada uma guarnição do corpo de bombeiros, a fim de prestar os primeiros socorros às duas vítimas, bem como foi recolhida uma arma de fogo que estaria próxima a Márcio, a saber, um revólver oxidado, calibre .38, da marca Taurus (...)".*

O recurso não prospera.

Como bem lançado na sentença, a materialidade e tipicidade da conduta restou inconteste nos autos, apenas caberá ser analisada a eventual antijuridicidade das ações dos milicianos (estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa).

E nesse ponto assim foi a sentença nestes termos:

> *"(...) De início, cumpre registrar que não há nenhuma controvérsia em relação à materialidade das lesões corporais e tampouco no tocante à autoria des as lesões, porquanto os denunciados admitiram que durante a perseguição efetuaram vários disparos com arma de fogo em direção ao veículo das sedizentes vítimas, bem assim que teriam alvejado Márcio Rodrigues Marques com elastômero. Não há, portanto, nenhum ponto controvertido acerca da tipicidade das condutas perpetradas pelos réus, cingindo-se aquele, unicamente, sobre a antijuridicidade de tais ações (...)".*

O próprio recurso acusatorial, às f. 449, confirma que *"(...) A ação dos militares foi legítima até o momento em que efetuaram o disparo que atingiu o pneu do veículo (...)"* e continua alegando que *"(...) inegavelmente o condutor teria que parar o carro quando o pneu esvaziasse por completo (...)".*

O MP continuou, alegando que:

> *"(...) assim, os disparos seguintes e, especialmente o disparo efetuado quando Márcio já estava deitado no chão (que atingiu suas costas) constituíram em grave excesso doloso.*
>
> *Do mesmo modo, a lesão corporal causada em José Carlos também configura excesso doloso, posto que os policiais deveriam ter efetuado disparos apenas em direção do pneus do veículo, e não na altura das vítimas, colocando suas vidas em perigo, além de expor a risco a vida de outros transeuntes.*
>
> *A conduta dos policiais, consistente em desferir diversos disparos contra as vítimas, apenas porque desobedeceram a ordem de parada, foi dezarrazoada e desproporcional, pois o cumprimento da ordem não pode ter maior peso do que a vida do cidadão (...)".*

Para esclarecer esse ponto, cabe analisar depoimentos abaixo, que foram colhidos na fase judicial, em captação audiovisual.

Pois bem:

> *"O réu Jones Garcia de Jesus declarou, na captação audiovisual em juízo, em síntese que: A ocorrência em si começou distante do local onde estava; que ouviu pelo rádio de que havia uma guarnição de motocicleta no encalço de um veículo que empreendia fuga; que foram ao encontro do veículo em direção contrária; que em determinado local, com giroflex e sinais sonoros, se depararam com esse veículo; que tiveram que sair da frente dele para evitar uma colisão e mesmo assim ele continuou em fuga; que passaram a fazer o acompanhamento também; que um companheiro colidiu com o veículo e continuaram ao encalço; que ouviram disparos de arma de fogo e outros componentes também efetuaram disparos com o intuito de acertar os pneus do veículo; que havia muitos pedestres na rua e temiam pela vida dos transeuntes; que não recorda se estourou um ou os dois pneus, mas ele entrou em uma via sem pavimentação e com pouca iluminação, o beco era praticamente sem saída, e como os pneus já estavam danificados, o Sr. Marcio que estava conduzindo o veículo abriu a porta e continuou a fuga a pé; que aproximou-se dele e visualizou um objeto que aparentava ser arma de fogo; que percebeu que ele ia pular uma cerca e efetuou um disparo de elastômero; que ele caiu e se aproximaram para contê-lo; que ele estava muito agitado e acionaram o corpo de bombeiro para prestar socorro; que outros companheiros atenderam o outro civil que ficou no carro; que somente depois viu que o segundo detido também estava ferido; que não efetuou nenhum disparo de munição real, apenas um disparo com elastômero; que não sabe afirmar se eles apontaram ou atiraram*

contra a guarnição; que o disparo da guarnição foi direcionado para os pneus traseiros do veículo; que sabe que o Márcio tem passagem pela polícia, mas não sabe quais são; que quando efetuou o disparo acredita que ele não estava ferido porque ele estava correndo e teve que correr bastante para chegar perto dele; que não observou se correu sozinho ou se foi acompanhado por outros policiais; que na sua frente não tinha mais ninguém; que não recorda quem chegou até a vítima logo após o declarante; que sua guarnição era composta pelo declarante, Daflon, Ben-Hur e não se recorda do outro, não sabe se eram 3 ou 4 policiais; que todos que estavam no encalço do veículo estavam de motocicleta e cada um ocupava uma moto".

Deste interrogatório destacamos, pela relevância da informação, que Jones Garcia confirma que os disparos efetuados pelos policiais acusados atingiram os pneus do veículo e este foi o motivo pelo qual a vítima Márcio entrou em uma via não pavimentada onde parou o veículo.

"O acusado Aladir Daflon Neto alegou, em síntese: que estava na motocicleta; que sua participação iniciou no momento em que o motorista empreendeu fuga; que no momento já estavam abordando alguns veículos e quando pediram para ele parar, ele deu um cavalinho-de-pau e ele saiu enlouquecidamente; que havia rumores de que teriam pessoas de outros Estados em Dourados para pratica de ilícitos; que não se recorda quantos minutos durou a perseguição; que os disparos foram efetuados pelos policiais que acompanhavam; que o Diego e o Honda não efetuaram disparos, nem o Neuhaus; que o declarante efetuou disparos; que ouviram barulhos dos disparos efetuados pela vítima; que foi apreendida uma arma em seu poder e tinham capsulas deflagradas no revolver mas não recorda quantas; que quando chegaram no veículo um deles empreendeu fuga a pé; que foi contido pelos policais que pararam as motocicletas; que no caso foi o declarante, o Reis, o Bem-Hur e o Souza; que foi necessário efetuar um disparo de arma não letal; que foi o Garcia que atirou, com uma arma calibre 12 de elastômero; que a pessoa que ficou no caro também estava ferido; que a distância do local da abordagem inicial até o local onde o veículo foi efetivamente parado era de 3 a 4Km; que em Dourados 4Km é uma distancia muito grande; que as abordagens foram determinadas pelo Oficial de Dia para coibir qualquer tipo de aglomeração e som alto; que também em razão da denúncia repassada pelo serviço reservado e pela polícia civil no sentido de que haveria veículos com a placa de fora do Estado cujos condutores estariam fortemente armados; que não recorda da placa do veículo; que o sequencial de letras indicava que poderia ser veículo de fora.

O acusado André Márcio de Souza relatou, em síntese: que estava de serviço e o CIOPS passou que era para intensificar a abordagem porque teria um pessoal de fora, de uma possível facção que ira realizar delitos na cidade; que passaram a fazer abordagens quando duas pessoas estavam no veículo com placa LWS, e quando viram a guarnição fizeram um cavalinho de pau e saíram em alta velocidade; que iniciaram um acompanhamento tático com sirene e giroflex ligado; o condutor empreendeu fuga desrespeitando os sinais de transito; que um policial tentou aproximar-se do condutor para verbalizar momento em que o condutor jogou o carro em cima do policial fazendo com que esse batesse de frente com um veículo estacionado; que a guarnição continuou com o acompanhamento; que numa certa distancia resolveram fazer disparos mas mesmo assim o veículo não parou; que continuou a fuga; que como ele entrou numa estrada vicinal num lugar muito escuro acha que ele se perdeu; que ele desceu do veículo com a arma de fogo na mão e correu; que o Garcia efetuou um disparo de elastômero; que ele caiu e bateu o rosto numa cerca e numas pilastras que havia no local; que foi feita imobilização e depois constatado que ele estava alvejado bem como o carona do veículo; que acionaram o corpo de bombeiros para prestar socorro; que a arma tinha munição deflagrada salvo enganado; que a placa não era de fora de Dourados; que só depois que o veículo parou é que constataram que a placa era da cidade; que o local onde o veículo parou era muito ermo e escuro.

> *O réu Ben-Hur Amorim Oliveira declarou, em síntese: que estava na segunda equipe em apoio; que iniciaram o acompanhamento e estavam de frente com o veículo que realizava manobras bruscas na tentativa de fechar as motocicletas da outra equipe; que sua equipe teve até que tirar a viatura de lado; que um policial se aproximou do veículo e após ter visualizado a arma de fogo e alertado a guarnição o condutor jogou a moto em cima dele e causou o acidente; que continuaram a perseguição; que ele entrou em uma via de chão, próximo a uma mata, um lugar escuro e parou; que chegou logo em seguida da equipe; que teve a tentativa de fuga do condutor e teve um disparo com munição de elastômero calibre 12; que ao se aproximar constatou a arma de fogo próximo ao indivíduo; que chamaram a equipe de socorro; que sobre os disparos disse que foram ouvidos estampidos; que não manuseou a arma de fogo e não sabe quantas munições foram deflagradas; que os dois estavam feridos; que não sabe se a placa era de Dourados; que a princípio a placa aparentava ser de fora".*

Destacamos aqui que os réus Aladir, André e Bem-Hur afirmaram que a vítima abandonou o veículo e empreendeu fuga a pé, e que foi necessário efetuar o disparo em sua direção, pois ela ainda fugia.

> *"O acusado Felipe Neuhaus declarou: que comandava uma equipe da GETRAN realizando abordagens; que sua equipe era composta pelo declarante e soldados Honda, Diego e Reis; que um Vectra se aproximou e quando o condutor viu os policiais fez um retorno, dando um cavalinho-de-pau; que enquanto acabava a abordagem a terceiros, deu ordem para os outros policiais irem atrás; que terminou sua abordagem e foi ao encontro dos demais, cerca de 7, 8 quadras; que parou para ver o Sd Diego caído; que o Sd Honda permaneceu ali; que foi até o local onde encerou-se a ocorrência; que no local constatou os dois detidos presos e tinha sido apreendido uma arma de fogo; que não visualizou os disparos; que as letras da placa eram de fora, por isso a placa parecia ser de fora, teoricamente.*
>
> *Finalmente, o réu Magnelson Bonfin Reis declara que estavam abordando dois motociclistas quando o cidadão Marcio visualizou a equipe e fez um cavalinho-de-pau e retornou pela contra-mão da avenida Mato Grosso, em alta velocidade desrespeitando os sinais de trânsito; que saíram em perseguição e tentaram fazer a abordagem, mas ele fazia zigue-zague para tentar derrubar a motocicleta e não deixar que se aproximassem; que ele fez conversão em alta velocidade em cima da calçada e quase atropelou algumas pessoas; que o Sd Diego aproximou-se dele na tentativa de verbalizar e ele jogou o veículo causando o acidente que o Diego pegou em um carro estacionado; que em dado momento ouviram estampidos; que após esses fatos efetuaram disparos nos pneus do veículo para tentar parar; que em dado momento ele entrou em uma rua não pavimentada; que ele desceu do veículo armado e o Sd Garcia efetuou um disparo de elastômero; que no local, ao lado dele, no mato, encontrou a arma de fogo, um revolver calibre 38; que havia 4 munições deflagradas; que a tarjeta da placa era de Dourados, mas as letras era LW; que ambos foram feridos nas costas".*

Este réu, Magnelson afirma que a vítima Márcio desceu do veículo armado, momento em que o Sd Garcia efetuou um disparo, nada mencionando acerca da tentativa de fuga.

Vê-se, pois, que os interrogatórios colhidos nos autos são harmônicos entre si em confirmar que os recorridos estavam em estado de alerta em razão de informações de que meliantes de outro Estado estavam na região, fortemente armados para a prática de delitos, e que para tanto estavam fazendo uma blitz, ocasião na qual a vítima Márcio, com uma manobra brusca (cavalo de pau) tentou fugir da fiscalização e foi perseguido.

Restou comprovado também que durante a fuga, membros da GETAM (motocicletas) ingressaram na perseguição, ocasião na qual o motorista/vítima Márcio, jogou seu veículo em direção às motos, ocasionando o acidente que lesionou o SD Diego.

Tal fato está provado através do laudo pericial às f. 82-89 que consignou que:

> *"(...) Segundo informações recebidas no local, a motivação do desvio direcional seria a manobra brusca e de tentativa de interceptação da trajetória da motocicleta, feita pelo condutor do veículo GM/Vectra, que se confirmada, deu causa ao acidente (...)".*

Os depoimentos acima ainda confirmam que foram ouvidos estampidos de disparos de arma de fogo, armamento que foi apreendido e periciado às f.78-81, próximo à submissão de Márcio.

Por derradeiro, o próprio Márcio, na captação audiovisual, confirma que fugiu da blitz, alegando que estava na condicional, e confirma a fuga justificando que foi seu sogro, o Sr. José Carlos quem pediu para correr, bem como sabia que estava sendo perseguido pelas motos da GETAM.

Referida vítima também se contradiz no momento em que ora afirma que quando parou o carro imediatamente foi ao solo, ora afirma que desceu do veículo tentando se esconder.

Em verdade, as demais provas indicam que referida vítima estava tentando fugir a pé dos milicianos.

A segunda vítima, Sr José Carlos Magalhães da Silva, sogro de Márcio, confirma, em juízo, a fuga inicial, e relata que o veículo no qual estava, e que era dirigido por Márcio, somente parou quando os pneus foram perfurados pelos disparos, afirma que quando o veículo parou saiu pela porta do passageiro e caiu ao solo, entretanto, apesar de estar a poucos passos de Márcio, afirma que não viu as aludidas agressões que embasaram a denúncia, que não foi agredido, bem como contradiz a versão de Márcio ao afirmar que diversos civis estavam por perto, não relata em nenhum momento que tenha solicitado que Márcio corresse/fugisse.

Nesse ponto, o depoimento extrajudicial desta vítima contradiz as afirmações de Márcio (de que fugiu a pedido de José Carlos), pois às f. 46-47, esclarece que *"(...) Márcio passou a fugir de policiais que estavam de carros. Que o depoente falou que Márcio não fugisse, mas não adiantava (...)".*

Dessa forma, as provas produzidas nos autos não deixam dúvida de que a ação dos recorrentes foi devidamente justificada e amparada pela excludente do estrito cumprimento do dever legal, pois os apelados estavam em estado de alerta pela notícia de que bandidos com alto poder de fogo estavam planejando crimes na cidade, tanto que estavam fazendo a segurança preventiva (blitz), momento no qual o veículo da suposta vítima, em movimento brusco não condizente àqueles que estão sendo abordados pela barreira policial, empreendeu fuga, quase colidindo com as viaturas policiais utilizadas para interceptá-lo.

Então foi iniciada perseguição ao fugitivo, e, depois da perseguição dos militares em motocicletas, os milicianos foram, em veras, atacados por Márcio, que jogou o veículo que dirigia em cima da moto ocasionando o acidente de trânsito constante nos autos lesionando o SD Diego, e efetuando disparos de arma de fogo que foi devidamente apreendida próxima de Márcio.

É imperioso registrar ainda que embora o ideal fosse os milicianos atirarem contra os pneus do veículo em fuga, e na verdade esse era seu intento declarado, quando informaram que se preocupavam com os transeuntes das ruas.

Mas é óbvio que disparos de arma de fogo, a certa distância, com ambos veículos em movimento (perseguidor e perseguido) possui variações próprias de pavimento, direção do veículo perseguido,

velocidades, etc... Sendo plenamente compreensível a quantidade de disparos que acertaram o veículo fora da área alvo (pneus).

Confirmando que os requeridos visavam unicamente parar o veículo, ao atingirem 03 pneus do carro, imediatamente cessaram a ação letal, e passaram ao armamento não-letal, disparos de elastômeros (balas de borracha) para que Márcio não empreendesse fuga.

Diante de tais investidas contra a guarnição, e ao desobedecimento da ordem de parada feita pelos policiais, não restava outro meio aos policiais senão revidar à agressão sofrida, para garantirem a própria segurança.

Vale lembrar que operavam os policiais sob o pensamento que na circunstância se justificava, de que a vítima/fugitivo, seria meliante fortemente armado que veio de outro Estado para praticar crimes em Dourados.

Ante o exposto, contra o Parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 07 de junho de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0802376-40.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relatora designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL – RECURSO PROVIDO.

O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira "marcha para frente", tendo em vista a finalidade a que ele se destina.

Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão *pro judicato*.

Caso surja, durante a defesa prévia do acusado, circunstâncias de fato ou de direito que levem à sua absolvição sumária, poderá então o juiz sentenciar absolvendo-o.

Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória sumária, conforme o caso, sendo aplicável a teoria da asserção.

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, acolher a preliminar, nos termos do voto da 2ª vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora designada

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de José Valmir Ferreira da Cruz pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 38 e 48, ambos da Lei n. 9.605/98, ante a ausência de justa causa, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Busca o representante do *parquet* a reforma da decisão que rejeitou a denúncia, a fim de que seja inaugurada a fase probatória e, ao final, o recorrido seja condenado nos termos da exordial acusatória.

Em contrarrazões recursais, o recorrido requer o não provimento do recurso ministerial, mantendo-se a decisão invectivada.

A decisão foi mantida nos mesmos termos e por seus próprios fundamentos (f. 1642).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso em sentido estrito, para que seja recebida a denúncia ofertada em desfavor do recorrido, com o regular prosseguimento do feito.

VOTO (EM 16/02/2016)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de José Valmir Ferreira da Cruz pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 38 e 48, ambos da Lei n. 9.605/98, ante a ausência de justa causa, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Preliminarmente, o *parquet* alega que a rejeição da denúncia na hipótese dos autos consubstancia complexa subversão do procedimento previsto no Código de Processo Penal, pois a rejeição ocorreu após o seu recebimento e depois, ainda, de decidir-se que não estavam presentes nenhuma das hipóteses constantes do art. 397.

Sem razão.

Segundo decidiu o STJ, o fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A), reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, suscitada pela defesa.

Neste sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS A DEFESA PRÉVIA DO RÉU. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do CPP, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, suscitada pela defesa. Nos termos do art. 396, se não for verificada de plano a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 395, a peça acusatória deve ser recebida e determinada a citação do acusado para responder por escrito à acusação. Em seguida, na apreciação da defesa preliminar, segundo o art. 397, o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando verificar uma das quatro hipóteses descritas no dispositivo. Contudo, nessa fase, a cognição não pode ficar limitada às hipóteses mencionadas, pois a melhor interpretação do art. 397, considerando a reforma feita pela Lei 11.719/2008, leva à possibilidade não apenas de o juiz absolver sumariamente o acusado, mas também de fazer novo juízo de recebimento da peça acusatória. Isso porque, se a parte pode arguir questões preliminares na defesa prévia, cai por terra o argumento de que o anterior recebimento da denúncia tornaria sua análise preclusa para o Juiz de primeiro grau. Ademais, não há porque dar início à instrução*

processual, se o magistrado verifica que não lhe será possível analisar o mérito da ação penal, em razão de defeito que macula o processo. Além de ser desarrazoada essa solução, ela também não se coaduna com os princípios da economia e celeridade processuais. Sob outro aspecto, se é admitido o afastamento das questões preliminares suscitadas na defesa prévia, no momento processual definido no art. 397 do CPP, também deve ser considerado admissível o seu acolhimento, com a extinção do processo sem julgamento do mérito por aplicação analógica do art. 267, § 3º, CPC." Precedentes citados: HC 150.925-PE, Quinta Turma, DJe 17/5/2010; HC 232.842-RJ, Sexta Turma, DJe 30/10/2012. REsp 1.318.180-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2013."

Consoante o disposto no art. 396, se não for verificada de plano a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 395, a peça acusatória deve ser recebida e determinada a citação do acusado para responder por escrito à acusação. Em seguida, na apreciação da defesa preliminar, segundo o art. 397, o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando verificar uma das quatro hipóteses descritas no dispositivo. Contudo, nessa fase, o juiz não pode ter a sua cognição limitada às hipóteses de absolvição sumária (art. 397 do CPP), devendo ser permitido que o magistrado possa, além de absolver sumariamente o acusado, fazer também um novo exame sobre o recebimento da denúncia. Afinal, seria desarrazoado que o juiz constatasse, por exemplo, que falta uma condição da ação e, mesmo assim, continuasse a instrução processual simplesmente porque já havia proferido decisão recebendo a denúncia, em total violação aos princípios da economia e celeridade processuais.

Em suma, mesmo sem previsão expressa no CPP, após o réu ter apresentado a defesa preliminar, além de absolver sumariamente ou rejeitar a absolvição sumária, o magistrado possui uma terceira opção, qual seja, reconsiderar a decisão que recebeu a peça acusatória, proferindo nova decisão, agora rejeitando a denúncia.

É justamente o caso dos autos, porquanto o juiz *a quo*, mesmo tendo inicialmente recebido a inicial, constatou, com o término da instrução, que os fatos narrados guardavam similitude com os autos de n. 0000321-28-2010.8.12.0017, quando rejeitou a peça vestibular por ausência de justa causa para o prosseguimento do feito.

Assim, por uma questão de coerência, como ele próprio frisou na sentença, entendeu que não poderia dar solução diferente para casos iguais, haja vista que o assunto versado era mesmo, qual seja, a manutenção dos ranchos nas margens do Rio Ivinhema.

Portanto, não tenho a menor sombra de dúvida que o juiz agiu corretamente ao rejeitar a peça acusatória, nada tendo de ilegal na medida adotada, razão pela qual rejeito o preliminar arguida pelo apelante.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1° Vogal)

Acompanho o Relator.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão, em face do pedido de vista da 2ª vogal (Des.ª Maria Isabel), após o relator negar provimento ao recurso, acompanhado do 1º vogal.

VOTO (EM 23/02/2016)

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha (2ª Vogal)

Trata-se de recurso em sentido estrito movido pelo Ministério Público Estadual contra da decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que rejeitou a denúncia

ofertada em desfavor de José Valmir Ferreira da Cruz pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 38 e 48, ambos da Lei n. 9.605/98, ante a ausência de justa causa, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

O representante do *parquet* suscita uma preliminar de nulidade do feito e, no mérito, a reforma da decisão que rejeitou a denúncia e regular prosseguimento do feito.

O ilustre relator afasta a preliminar aventada, e, no mérito, nega provimento ao recurso.

Divirjo para acolher a preliminar.

Divirjo também quanto do Relator quando ao mérito, em parte.

Da preliminar de nulidade.

Esta preliminar deve ser acolhida.

O recorrente sustenta que o magistrado sentenciante recebeu a denúncia às f. 1.332-1.333 na data de 28.05.2015, e que, mesmo antes de receber a defesa prévia do apelante, às f. 1.338-1.346 rejeitou-a na data de 31.07.2015, e que, por isso, tal decisão subverte o procedimento previsto no CPP por reputar que a rejeição ocorreu após o seu recebimento.

Esclareço também, por oportuno, que a defesa prévia foi ofertada às f. 1.348-1.374, na data de 05.08.2015, ou seja, após a decisão ora combatida nesse RESE.

Pois bem, os dispositivos pertinentes precrevem sobre tal matéria, e em destaque assinalo os que são mais relevantes para analisar a questão presente:

> *"(...) Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*
>
> *I - for manifestamente inepta;*
>
> *II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou*
>
> *III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*
>
> *Parágrafo único. (Revogado).*
>
> *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.*
>
> *Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.*
>
> *Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*
>
> *§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.*
>
> *§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.*

> *Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:*
>
> *I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;*
>
> *II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;*
>
> *III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou .*
>
> *IV - extinta a punibilidade do agente."*

No caso em tela, como acima relatado, o magistrado singular, recebeu a denúncia e depois, mesmo antes de citar o acusado, e deste oferecer a defesa prévia, de ofício, rejeitou a denúncia, cujos motivos da rejeição serão objeto de apreciação quanto ao mérito.

Ora, se o magistrado de piso recebeu a denúncia, sem rejeitá-la liminarmente, é porque constatou que os termos postos na peça acusatorial, e os documentos nela apresentados, traziam prova do crime capitulado e indício de autoria, por isso ele não pode, antes da apresentação da defesa prévia, rever de ofício tal questão, sem receber a defesa prévia do acusado.

Isto porque, para tal ato que recebeu a denúncia já ocorreu a preclusão *pro judicato.*

Não pode o juiz rejeitar uma denúncia que já tinha sido recebida, sem incorrer em flagrante ilegalidade, por violação da lei processual penal.

Inadmissível que o despacho que recebe a denúncia seja revisto ou reconsiderado depois.

Recebida a denúncia, não pode depois ela ser rejeitada.

Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e declarado assim a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, pois isso traz prejuízo à segurança jurídica, por ofender a preclusão pro judicato.

Sobre o tema, O STJ:

> *"(...) RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 60 DA LEI N. 9.605/98. SUPERVENIÊNCIA DE ELEMENTOS ENSEJADORES DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. JUÍZO DE MÉRITO. RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU DE DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*
>
> *1. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira "marcha para frente", tendo em vista a finalidade a que ele se destina.*
>
> *2. Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato.*
>
> *3. Caso surja, durante a instrução criminal, circunstâncias de fato ou de direito que levem à improcedência, total ou parcial, da pretensão punitiva estatal, deverá o juiz, ao sentenciar, levar em consideração tais circunstâncias, utilizando-se, entretanto, de fundamentação diversa daquela relativa à inadmissibilidade da exordial acusatória.*

> *4. Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo aplicável a teoria da asserção.*
>
> *5. Recurso especial improvido (...)".* (REsp 1354838/MT, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 02/04/2013, DJe 05/04/2013)

Note-se também que a decisão que reconsiderou o recebimento da denúncia não o fez na fase do art. 397 do CPP, pois embora intitulado "Sentença", não promoveu a absolvição sumária do acusado, mas rejeitou a denúncia outrora recebida.

Em verdade, o agir do magistrado no caso em pauta não só subverte drasticamente a ordem processual vigente, bem como suprime o 2º grau de jurisdição, na medida em que revê as próprias decisões sem que houvesse previsão legal para o juízo de retratação.

Dessa forma, acolho a preliminar suscitada e declaro nula a decisão às f. 1.338-1.346, invalidando a segunda decisão que voltou atrás rejeitando a denúncia, e determinando o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, com o parecer, acolho a preliminar lançada para invalidar a decisão questionada.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º vogal)

Embora tenha acompanhado o relator na sessão de julgamento do dia 16 de fevereiro de 2016 para negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, nos termos do § 9º do artigo 350, do RITJMS[1] reconsidero minha posição e acompanho o voto da 2ª Vogal, Desª Maria Isabel de Matos Rocha para dar provimento ao recurso ministerial

O caso concreto posto em julgamento é o seguinte:

O Ministério Público Estadual denunciou José Valmir Ferreira da Cruz pela prática dos delitos descritos nos artigos 38 e 48 , da Lei 9.605/98 , na forma do artigo 69, do Código Penal (f. 02-03).

Em 28 de maio de 2015, o juiz titular da Vara Criminal de Nova Andradina recebeu a denúncia e determinou a citação do acusado (f. 1.332-1.333).

Após a correção da classe no Sistema de Automação Judicial-SAJ para ação penal, houve nova conclusão do feito, sem expedição do mandado de citação, e, em 31 de julho de 2015, a denúncia foi rejeitada por falta de justa causa, por entender o julgador singular que restou caracterizado fato único, qual seja, o delito do artigo 48, da Lei 9.605/98 e ocorrida a prescrição virtual (f. 1.338-1.346).

A questão tratada é que é se após o recebimento da denúncia pode o juiz, *ex officio,* se retratar e e rejeitá-la com base no artigo 395, do Código de Processo Penal.

Alguns processualistas entendem que tal atitude poderia ser tomada, o que entendo possível em alguns casos excepcionais.

No caso concreto, não haveria como o julgador rejeitar a ação penal por falta de justa causa atrelada à prescrição virtual.

1 § 9º Reiniciado o julgamento, será dada a palavra ao Juiz que pediu o adiamento, seguindo-se a tomada dos votos anteriormente proferidos, a começar pelo do relator; se algum Desembargador modificar seu voto, será reaberta a discussão, após a qual se reiniciará a votação.

É que a prescrição virtual não guarda correlação com a justa causa, pois esta é ligada à falta de condições da ação ou falta de comprovação da materialidade delitiva ou de indício de autoria do delito.

Frise-se que a construção da casa de veraneio na propriedade rural da agravante é fato incontroverso, o que se discute aqui é apenas a existência ou não de crime ambiental.

Aqui, cito trecho do voto do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, relator do Recurso em Sentido Estrito - Nº 0802366-93.2015.8.12.0017 - Nova Andradina, que trata da mesma questão:

> *"Consta dos autos Relatório de Vistoria do IBAMA/MS às fls. 436-438 que indicam a utilização da área com infringência das normas de proteção ambiental. Consta ainda do processo o laudo pericial de fls. 1.200-1.235. Da mesma forma que no Relatório do Ibama, consta do Laudo pericial em questão que: "Foram constatadas 54 (cinquenta e quatro) edificações (ranchos de pesca) localizadas as margens do Rio Ivinhema, sendo que referidos ranchos foram construídos em área de preservação permanente, destruindo a mata ciliar ali existente, observando ainda que não há despejo de dejetos para o leito do rio, todo o material recolhido o sistema de esgoto (...)".*(TJMS. Recurso Em Sentido Estrito - Nº 0802366-93.2015.8.12.0017 - Nova Andradina. Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 16/11/2015. DJMS: 3.469)"

Note-se ainda que "a *tipificação da conduta descrita no art. 48 da Lei 9.605/1998 prescinde de a área ser de preservação permanente. Isso porque o referido tipo penal descreve como conduta criminosa o simples fato de "impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação"*. Precedente citado: REsp 849.423-SP, Quinta Turma, DJ 16/10/2006. AgRg no REsp 1.498.059-RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), julgado em 17/9/2015, DJe 1º/10/2015. *(*Informativo n. 0570, de Período: 1º a 14 de outubro de 2015), não havendo como contestar a perícia por não apontar mata ciliar destruída ou com incapacidade de regenaração.

Outrossim, não há como reconhecer a prescrição virtual, a teor da Súmula 438, do STJ - "*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*." (Súmula 438, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

Frise-se ainda se o julgador singular tinha como objetivo o reconhecimento da prescrição, deveria esperar a resposta do acusado, abrir vista dos autos ao Ministério Público Estadual e decretar a absolvição sumária, a teor do artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Consigne-se que se o Novo Código de Processo Civil estivesse em vigor a decisão seria nula de pleno de direito, a teor do artigo 10, da Lei 13.105/2015 - *"Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"*, havendo, ainda, afronta ao inciso IV do artigo 927 - *"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional."*

Portanto, no caso concreto, como já houve o recebimento da denúncia, o julgador deveria, após a citação do recorrido, verificar se presente as hipóteses de absolvição sumária, conforme artigo 397, do Código de Processo Penal e não retratar sua decisão inicial para rejeitar parcialmente a denúncia.

Saliente-se que não tem como apreciar as questões atinentes à atipicidade da conduta e prescrição propriamente dita, pois são matérias não analisadas pelo julgador singular e pode haver aditamento da denúncia.

Observe-se que a questão de a licença para construir a referida casa de veraneio ser dada por órgão competente à época dos fatos (tipicidade conglobante*)* não foi analisada pelo juízo de piso e não tem como ser apreciada por esta Câmara Criminal por notória supressão de Instância.

O REsp 359.139 mencionado pelo recorrido (f. 1.617) é objeto do ARE 789096 no STF, estando os autos atualmente na Procuradoria Geral da República.

Para finalizar, sobre a mesma questão, esta Câmara Criminal já decidiu:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ANULOU A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – MANUTENÇÃO DO DECISUM – INOVAÇÃO RECURSAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Recebida a denúncia, opera-se a preclusão lógica, não podendo o juiz singular reconsiderar tal decisão para rejeitá-la, mormente quando a peça inaugural expõe de forma clara o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como aponta os elementos que supostamente indicariam a autoria delitiva.*
>
> *Para a tipificação do crime previsto art. 48 da Lei 9.605/1998 é prescindível que a área seja de preservação permanente.*
>
> *Não há como reconhecer a prescrição virtual, a teor da Súmula 438, do STJ.*
>
> *Matérias não submetidas ao julgador de 1º grau não podem ser apreciadas por este Tribunal, sob pena de supressão de instância."* (TJMS. Agravo Regimental - Nº 0802377-25.2015.8.12. 0017/50000 - Nova Andradina. Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli. Órgão julgador: 1ª Câmara Crimina; Data do julgamento: 15/12/2015. Data de registro: 16/12/2015.DJMS nº 3489).

E, ainda:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CRIMES AMBIENTAIS – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS RECEBIMENTO INICIAL E APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA PELO ACUSADO - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA- IMPOSSIBILIDADE – PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Não pode o juiz, após ter se manifestado sobre a admissibilidade da acusação, com o recebimento da denúncia, simplesmente voltar atrás, e rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa, em prejuízo à segurança jurídica, porquanto operada em relação ao magistrado a preclusão pro judicato.*
>
> *2. Quando na denúncia os fatos tidos como delituosos imputados ao denunciado são devidamente descritos, ou seja, de forma clara e lógica, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua rejeição, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal, com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF.*
>
> *3. É inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, o que enseja a denominada prescrição virtual ou antecipada, não admitida pelo STF e STJ, com reconhecimento, inclusive, de repercussão geral no STF e matéria sumulada no STJ, a teor do enunciado contido na Súmula 438.*

> *Soma-se a isso, ainda, a ausência de previsão legal para admissão dessa forma de prescrição."* (TJMS. Recurso Em Sentido Estrito - Nº 0802366-93.2015.8.12.0017 - Nova Andradina. Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 16/11/2015. DJMS: 3.469)

Portanto, com tais considerações, acompanho o voto da 2ª Vogal, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, acolheram a preliminar, nos termos do voto da 2ª vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0001065-25.2013.8.12.0047 - Terenos
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – PRETENDIDO RECEBIMENTO DA EXORDIAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – AGENTES FUNCIONÁRIOS DO DETRAN LOCAL QUE TERIAM FACILITADO O REGISTRO E REGULARIZAÇÃO DE VEÍCULOS NAQUELA AGÊNCIA – AUSÊNCIA DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA – MERO ILÍCITO ADMINISTRATIVO – USO DE DOCUMENTO FALSO – FATO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE – QUADRILHA OU BANDO – CRIME INEXISTENTE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A simples facilitação para registro e regularização dos veículos na agência do DETRAN local, desburocratizando o procedimento e tornando-o mais célere, sem qualquer repercussão econômica em favor dos agentes, não caracteriza o ilícito penal previsto no art. 313-A, do CP, ante a ausência da elementar "*obter vantagem econômica*", sobretudo quando passíveis de correção na esfera administrativa.

Não se verifica o crime previsto no art. 304 do Código Penal se os agentes não fizeram uso de qualquer documento falso, apenas mencionaram endereço diverso do verdadeiro, com o propósito de auferirem vantagem burocrática para regularização de veículos junto ao Departamento de Trânsito, o que constitui fato juridicamente irrelevante na esfera penal.

Se não restou comprovado nos autos, nem ao menos em tese, que os agentes tinham a finalidade de praticar crimes, não há falar no delito de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo juiz de Direito da comarca de Terenos, que rejeitou a denúncia ofertada contra os recorridos Audeval Francisco de Araújo, Sidnei Grote Chaves, Danilo de Souza Lopes e Nelson Lopes,

pela suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 288 (formação de quadrilha ou bando), 304 (uso de documento falso) e 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), todos do Código Penal, com supedâneo no art. 395, III, do CPP (falta de justa causa).

Em razões recursais (fl. 2108-2118), o órgão de acusação requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja recebida a denúncia, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.

Os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 2121-2124, 2125-2130 e 2131-2142), requerendo o desprovimento do recurso ministerial, a fim de que a decisão seja mantida em todos os seus termos.

A decisão combatida foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 2145).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso em sentido estrito interposto pelo MPE, a fim de que a denúncia seja recebida, dando-se prosseguimento ao feito.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da comarca de Terenos, que rejeitou a denúncia ofertada contra os recorridos Audeval Francisco de Araújo, Sidnei Grote Chaves, Danilo de Souza Lopes e Nelson Lopes, pela suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 288 (formação de quadrilha ou bando), 304 (uso de documento falso) e 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), todos do Código Penal, com supedâneo no art. 395, III, do CPP (falta de justa causa).

Em razões recursais (fl. 2108-2118), o órgão de acusação requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja recebida a denúncia, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.

Não assiste razão à representante do *parquet.*

A decisão que rejeitou a denúncia foi pautada nos seguintes termos, *in verbis*:

> *"Como visto, apenas os Réus Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes apresentaram defesa capaz, em tese, de pôr fim à persecução penal nesta fase processual, razão pela qual os argumentos por eles ventilados até aqui devem ser imediatamente enfrentados.*
>
> *Antes de mais nada, registro que a denúncia já foi recebida por meio da decisão de fls. 1635-1636, o que não impede este Juízo de acolher argumento da defesa capaz de mudar seu posicionamento e decidir, neste momento, pela rejeição da peça acusatória.*
>
> *Pois bem.*
>
> *Em primeiro lugar, Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes afirmam que no caso presente não há justa causa para a persecução penal deflagrada contra ambos.*
>
> *Para manter a ordem de raciocínio, enfrentarei essa questão por último nesta decisão.*
>
> *Nelson e Danilo também afirmam que não são funcionários públicos e que não participaram da empreitada criminosa. Como a inicial não indica que eles auferiram vantagem com os fatos nela narradas, a denúncia, na sua visão, não merece ser recebida.*

Da simples qualificação dos Réus é possível verificar que eles de fato não são funcionários públicos. Porém, em casos como o presente a ausência da qualidade de funcionário público não prejudica a tipificação do fato se o agente, para a sua prática, tiver concorrido com outrem que ostenta essa qualidade.

Por outro lado, as 'vantagens auferidas' pelos Réus seriam as facilidades recebidas para o registro e legalização de veículos da empresa "Mineração Carandazal" neste Município, quando tal providência deveria ser realizada em Campo Grande, MS, onde fica essa pessoa jurídica se encontra estabelecida.

Se essas facilidades configuram ou não a prática do delito imputado aos Réus, e se elas estão ou não satisfatoriamente descritas na inicial, essas são questões a ser tratadas linhas abaixo.

No tocante à configuração do delito de formação de quadrilha (CP, art. 288), não assiste razão aos Réus, pois a denúncia imputa a conduta a todos os Réus (4), atingindo o número mínimo previsto em lei - à época dos fatos - para a formação de quadrilha ou bando.

*Conforme já restou assentado em julgado no E. STJ, 'nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal' (*HC n. 188.790/SP, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.8.2014).

No caso em espécie, da leitura da peça acusatória é possível auferir com clareza satisfatória que, no contexto apresentado, Audeval Francisco de Araújo e Sidnei Grote Chaves, funcionários da agência local do DETRAN/MS, praticaram atos voltados para o registro e legalização de veículos da empresa 'Mineração Carandazal', de titularidade dos Réus Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes, a qual, por possuir sede em Campo Grande, deveria providenciar o registro dos veículos naquela cidade.

Portanto, rejeito a tese defensiva nesse particular.

Como também rejeito a tese segundo a qual somente pode servir de prova em processo criminal a interceptação e captação telefônica transcrita na íntegra, pois considero tal providência absolutamente desnecessária e antiprodutiva, e capaz unicamente de atravancar o andamento processual. Além disso, é ela incapaz de violar o princípio constitucional da ampla defesa se a esta é franqueado acesso à íntegra das transcrições.

Nesse sentido já decidiu o E. STJ:

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DISPONIBILIZAÇÃO INTEGRAL DAS MÍDIAS DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE ACESSO ÀS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TRANSCRIÇÃO PARCIAL CONSTANTE NOS AUTOS DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. As mídias das interceptações telefônicas foram disponibilizadas, na íntegra, à Defesa, razão pela qual não há falar em nulidade, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado. 2. A cópia das transcrições parciais das interceptações telefônicas constantes dos relatórios da autoridade policial foram disponibilizadas à Defesa desde o oferecimento da exordial acusatória. 3. É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que é prescindível a transcrição

integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, somente sendo necessária, a fim de se assegurar o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, a transcrição dos excertos das escutas que serviram de substrato para o oferecimento da denúncia. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento' (RHC n. 27.997/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5.9.2013) (grifado).

Enfrento agora a questão relacionada à natureza das irregularidades supostamente praticadas pelos Réus, se de cunho meramente administrativo ou de natureza criminal.

Ou, em outras palavras, se há justa causa para a persecução penal contra os Réus.

Diz o artigo 331-A do Código Penal:

'Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.'

O cerne da questão, para este magistrado, é revelar o conteúdo da expressão 'vantagem indevida', pois, segundo a acusação, Sidnei Grote Chaves e Audeval Francisco de Araújo, funcionários da agência local do Detran, teriam proporcionado facilidades para os outros dois Réus, Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes, sócios da "Mineração Carandazal", registrarem e regularizarem os veículos da empresa neste Município.

Como o Ministério Público não se refere a nenhuma vantagem patrimonial em favor dos acusados ou de outrem, conclui-se que a "vantagem indevida" em questão não é de natureza econômica.

A vantagem tida por 'indevida', então, consistiria nas facilidades proporcionadas por Sidnei e Audeval para o registro e regularização dos veículos na agência de trânsito localizada nesta Comarca, 'desburocratizando' o procedimento e tornando-o mais célere.

De registrar que para a caracterização do delito em pauta não há necessidade de ser a vantagem econômica, podendo ser de qualquer outra natureza. Nesse sentido Rogério Greco[1]*:*

'Para que ocorra a infração penal em estudo, o agente deve atuar com finalidade especial, entendida, pela maioria da doutrina, como um elemento subjetivo que transcende ao dolo, vale dizer, a finalidade de obter vantagem indevida (de qualquer natureza, podendo até mesmo não ter conotação econômica) para si ou para outrem ou para causar dano.'

Para a defesa, trata-se de mera irregularidade administrativa, sem qualquer repercussão na esfera criminal.

Razão lhe assiste.

Digo isso porque a acusação foi incapaz de demonstrar de maneira clara, direta e detalhada quais foram as vantagens auferidas pelos Réus Nelson e Danilo com a transferência indevida dos veículos da empresa da qual são sócios para este Município. Simples facilidades para a regularização dos veículos, sem qualquer repercussão econômica em seu favor ou em prejuízo alheio, são incapazes de caracterizar o delito em questão.

Realmente, considerando unicamente os termos da denúncia, não se extrai da conduta dos Réus qualquer potencialidade lesiva, elemento imprescindível para o

1 *in* Código Penal Comentado, 2ª edição, 2009, Editora Impetus, pg. 745.

Ministério Público poder acionar os órgãos estatais e pleitear a aplicação da lei penal contra os autores do fato.

Por se tratar de meras irregularidades passíveis de correção na esfera administrativa, não há de se cogitar de qualquer providência ou medida por parte da esfera criminal, o que vale tanto para o crime de inserção de dados falsos em sistema de informações, como para o crime de formação de quadrilha.

De igual forma, melhor sorte não socorre a pretensão ministerial no que concerne ao delito de uso de documento falso (CP, art. 304).

De acordo com a inicial acusatória, 'o denunciado Nelson Lopes, em conluio e unidade de desígnios com os denunciados Sidnei Grote Chaves e Audeval Francisco de Araújo fez uso de documento falso quando apresentou requerimento para alteração de característica do veículo placas HRE 5711, afirmando ser residente na Av. Principal, nº 377, Bairro Indubrasil, Terenos' (fls. 3-4).

O documento falso, consistente em requerimento contendo informações não verdadeiras, seria ideologicamente falso.

Se é ideologicamente falso, devemos analisar o teor do disposto no artigo 299 do CP, verbis:

'Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.'

Nesse contexto, é de se indagar: constitui fato juridicamente relevante a menção a endereço diverso do verdadeiro, objetivando-se auferir simples vantagens burocráticas, consistentes numa celeridade maior no procedimento administrativo de regularização de veículos da empresa, sem qualquer repercussão econômica, em benefício próprio ou prejuízo alheio? Me parece que a resposta é negativa.

Se é negativa, o fato narrado pelo MP constitui mera irregularidade administrativa e deve ser tratado como um indiferente penal.

Se a ação perpetrada pelo Réu Nelson Lopes nesse particular é formalmente típico, decerto não é no campo material.

E se o fato, em termos materiais, é atípico em relação a ele, também o é em relação aos demais Réus.

Ante o exposto, rejeito a denúncia formulada pelo Ministério Público em face de Audeval Francisco de Araújo, Sidnei Grote Chaves, Danilo de Souza Lopes e Nelson Lopes, regularmente qualificados, o que faço amparado nos termos do artigo 395, III, do CPP."

A meu ver, irretocável a decisão recorrida, tendo o juiz justificado de maneira satisfatória e fundamentada os motivos pelos quais optou por rejeitar a peça vestibular, mesmo após de já tê-la recebido.

Nesse aspecto, aliás, segundo decidiu o STJ, o fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado (arts. 396 e 396-A), reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, suscitada pela defesa.

Neste sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS A DEFESA PRÉVIA DO RÉU. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do CPP, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, suscitada pela defesa. Nos termos do art. 396, se não for verificada de plano a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 395, a peça acusatória deve ser recebida e determinada a citação do acusado para responder por escrito à acusação. Em seguida, na apreciação da defesa preliminar, segundo o art. 397, o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando verificar uma das quatro hipóteses descritas no dispositivo. Contudo, nessa fase, a cognição não pode ficar limitada às hipóteses mencionadas, pois a melhor interpretação do art. 397, considerando a reforma feita pela Lei 11.719/2008, leva à possibilidade não apenas de o juiz absolver sumariamente o acusado, mas também de fazer novo juízo de recebimento da peça acusatória. Isso porque, se a parte pode arguir questões preliminares na defesa prévia, cai por terra o argumento de que o anterior recebimento da denúncia tornaria sua análise preclusa para o Juiz de primeiro grau. Ademais, não há porque dar início à instrução processual, se o magistrado verifica que não lhe será possível analisar o mérito da ação penal, em razão de defeito que macula o processo. Além de ser desarrazoada essa solução, ela também não se coaduna com os princípios da economia e celeridade processuais. Sob outro aspecto, se é admitido o afastamento das questões preliminares suscitadas na defesa prévia, no momento processual definido no art. 397 do CPP, também deve ser considerado admissível o seu acolhimento, com a extinção do processo sem julgamento do mérito por aplicação analógica do art. 267, § 3º, CPC.* Precedentes citados: HC 150.925-PE, Quinta Turma, DJe 17/5/2010; HC 232.842-RJ, Sexta Turma, DJe 30/10/2012. REsp 1.318.180-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2013."

Consoante o disposto no art. 396, se não for verificada de plano a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 395, a peça acusatória deve ser recebida e determinada a citação do acusado para responder por escrito à acusação. Em seguida, na apreciação da defesa preliminar, segundo o art. 397, o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando verificar uma das quatro hipóteses descritas no dispositivo. Contudo, nessa fase, o juiz não pode ter a sua cognição limitada às hipóteses de absolvição sumária (art. 397 do CPP), devendo ser permitido que o magistrado possa, além de absolver sumariamente o acusado, fazer também um novo exame sobre o recebimento da denúncia. Afinal, seria desarrazoado que o juiz constatasse, por exemplo, que falta uma condição da ação e, mesmo assim, continuasse a instrução processual simplesmente porque já havia proferido decisão recebendo a denúncia, em total violação aos princípios da economia e celeridade processuais.

Em suma, mesmo sem previsão expressa no CPP, após o réu ter apresentado a defesa preliminar, além de absolver sumariamente ou rejeitar a absolvição sumária, o magistrado possui uma terceira opção, qual seja, reconsiderar a decisão que recebeu a peça acusatória, proferindo nova decisão, agora rejeitando a denúncia.

É justamente o caso dos autos, porquanto o juiz, mesmo tendo inicialmente recebido a inicial, constatou, após a apresentação das defesas prévias, que os fatos narrados pelo Ministério Público Estadual constituíam mera irregularidade administrativa, tratando-se de indiferente penal, quando rejeitou a exordial por ausência de justa causa para o prosseguimento do feito.

Dito isso, explico o porquê do acerto da decisão, ao menos sob a ótica desta relatoria.

Consta da denúncia que os recorridos Sidnei Grote Chaves e Audeval Francisco de Araújo, funcionários da agência do Detran em Terenos, teriam proporcionado facilidades para os outros dois recorridos, Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes, sócios da "Mineração Carandazal", registrarem e regularizarem os veículos da empresa naquela urbe, imputando-lhes, assim, a suposta prática dos delitos capitulados nos artigos 288 (formação de quadrilha ou bando), 304 (uso de documento falso) e 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), todos do Código Penal.

Sucede que não há como falar, nem mesmo hipoteticamente, na prática do crime previsto no art. 313-A, e, via de consequência, daqueles capitulados nos artigos 288 e 304, todos do Código Penal. E a razão é bem simples.

O tipo penal previsto no art. 313-A, do CP, prevê como uma das elementares *"obter vantagem indevida"*, circunstância não verificada nos autos. Isso porque o MP não se referiu a nenhuma vantagem patrimonial (natureza econômica), de modo que a vantagem tida por *"indevida"* consistiria nas facilidades proporcionadas por Sidnei e Audeval para o registro e regularização dos veículos na agência do DETRAN de Terenos, 'desburocratizando' o procedimento e tornando-o mais célere.

Não se olvida que para a caracterização do delito em epígrafe não há necessidade de a "vantagem indevida" ser tão somente de natureza econômica, podendo ser de qualquer outra natureza.

Ocorre que no presente caso, como bem anotou o magistrado:

> *"a acusação foi incapaz de demonstrar de maneira clara, direta e detalhada quais foram as vantagens auferidas pelos Réus Nelson e Danilo com a transferência indevida dos veículos da empresa da qual são sócios para este Município. Simples facilidades para a regularização dos veículos, sem qualquer repercussão econômica em seu favor ou em prejuízo alheio, são incapazes de caracterizar o delito em questão".*

Inexistindo, pois, potencialidade lesiva na conduta dos réus, a movimentação da máquina judiciária para possível aplicação do direito penal *(ultima ratio*), parece-me desarrazoada, sobretudo quando as irregularidades apontadas são passíveis de correção na esfera administrativa.

Outrossim, o delito de falso também não resiste a uma análise mais criteriosa.

Narra a inicial que "*o denunciado Nelson Lopes, em conluio e unidade de desígnios com os denunciados Sidnei Grote Chaves e Audeval Francisco de Araújo fez uso de documento falso quando apresentou requerimento para alteração de característica do veículo placas HRE 5711, afirmando ser residente na Av. Principal, nº 377, Bairro Indubrasil, Terenos*" (f. 3-4).

Tais fatos, por si sós, já seriam suficientes para afastar, de uma vez por todas, o crime do art. 304 do CP, pois deixam claro que o recorrido Nelson não fez uso de qualquer documento falso.

Ainda assim, o documento falso, consistente em requerimento contendo informações não verdadeiras, seria ideologicamente falso, devendo ser analisado à luz do art. 299 do CP:

> *"Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".*

Ora, se inexiste potencialidade lesiva na conduta principal de inserção de dados falsos no sistema de informações do DETRAN (art. 313-A, CP), criando óbice ao prosseguimento da ação penal, quiçá do delito de falso. Afinal, o simples fato de mencionar endereço diverso do verdadeiro, com o propósito de auferir

simples vantagem burocrática, dando maior celeridade no procedimento administrativo de regularização de veículos da empresa "Mineração Carandazal", dos sócios Nelson Lopes e Danilo de Souza Lopes, sem qualquer repercussão econômica em benefício próprio ou alheio, a meu ver, também não constitui fato juridicamente relevante, mas mera irregularidade administrativa.

Por fim, não havendo justa causa para o prosseguimento da ação penal pelos crimes previstos nos artigos 304 ou 299, e 313-A, todos do Código Penal, a toda evidência que também não deve persistir quanto ao crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do mesmo Códex, cuja finalidade é a prática de qualquer dos crimes previstos no CP. Vejamos:

> *"Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código".*

Portanto, não tendo eles praticado, nem ao menos em tese, os crimes elencados no art. 304 (uso de documento falso) e art. 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações), muito menos se organizaram para tanto.

Por tudo isso é que, contra o parecer, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

Neste caso, estou de acordo com o relator.

Registro que o mesmo se difere dos casos de crimes ambientais de Nova Andradina-MS, onde, em diversos processos o juiz singular, após o recebimento da denúncia, de ofício, rejeitou a mesma com o argumento de "*falta de justa causa*", tendo declarado a prescrição em perspectiva.

Feita referida observação, constata-se que no presente caso houve manifestação da defesa técnica dos réus e o conteúdo da decisão do julgador singular se amolda mais à absolvição sumária (art.397, inciso III, do CPP).

Com efeito. O julgador singular considerou que não houve prática de crime, mas de infração administrativa, e que os demais fatos são irrelevantes, ou seja, aplicado o Direito Penal subsidiário.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (2º Vogal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença que reconsiderou a decisão que recebeu a denúncia e, mais de um ano depois, "*voltou atrás*" e rejeitou a peça acusatória.

Na hipótese, verifica-se que o magistrado, após o regular recebimento da denúncia e apresentação de defesas prévias pelos recorridos, proferiu decisão rejeitando-a, sob o argumento de ausência de justa causa, com fundamento no art. 395, III, do CPP.

Em que pese alguns processualistas entenderem que tal atitude pode ser tomada, penso que não é dado ao magistrado, após o recebimento da denúncia, rejeitá-la por falta de justa causa.

A decisão de recebimento da denúncia revela um juízo sobre a admissibilidade da acusação. Nesta toada, como o processo encerra uma série de atos concatenados progressivamente, tendo em vista sua finalidade de dar fim à lide penal, não pode o juiz reformar decisões já proferidas, retrocedendo na marcha processual.

Desta forma, no caso concreto, como já houve o recebimento da denúncia, o julgador deveria, após recebimento da defesa prévia, somente verificar se presentes as hipóteses de absolvição sumária, conforme art. 397 do CPP e não retratar sua decisão inicial para rejeitar a denúncia.

É que, superada esta fase inicial do processo, resta ao magistrado o enfrentamento meritório, em prestígio ao princípio da segurança jurídica e por força da preclusão *pro judicato*.

> *"RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 60 DA LEI N. 9.605/98. SUPERVENIÊNCIA DE ELEMENTOS ENSEJADORES DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. JUÍZO DE MÉRITO. RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO QUE RECEBEU DE DENÚNCIA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira "marcha para frente", tendo em vista a finalidade a que ele se destina. 2. Não pode, portanto, o juiz, após ter recebido a denúncia e manifestado-se sobre a admissibilidade da acusação, simplesmente voltar atrás e reformar o seu despacho, em prejuízo à segurança jurídica, pois operada contra ele a preclusão pro judicato. 3. Caso surja, durante a instrução criminal, circunstâncias de fato ou de direito que levem à improcedência, total ou parcial, da pretensão punitiva estatal, deverá o juiz, ao sentenciar, levar em consideração tais circunstâncias, utilizando-se, entretanto, de fundamentação diversa daquela relativa à inadmissibilidade da exordial acusatória. 4. Isso porque, ao proferir decisão positiva de admissibilidade da denúncia e atestar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos, o magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso, sendo aplicável a teoria da asserção. 5. Recurso especial improvido."* (STJ. REsp 135.838/MT. Rel. Min. Campos Marques - Desembargador convocado do TJPR - . DJe 05/04/2013)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS RECEBIMENTO INICIAL E APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA PELO ACUSADO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E NECESSIDADE DE RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA – NULIDADE DA SENTENÇA PARA O EXAME DO MÉRITO. Não pode o juiz, após ter se manifestado sobre a admissibilidade da acusação, com o recebimento da denúncia, simplesmente voltar atrás, e rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa, em prejuízo à segurança jurídica, porquanto operada em relação ao magistrado a preclusão pro judicato. O magistrado ultrapassa uma fase processual, surgindo, a partir daí, não mais um juízo sobre a viabilidade da denúncia, mas sim um juízo de mérito, ensejando a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso."* (TJMS, Ap. Crim. 0500632-26.2006.8.12.0041, 2ª Câm. Criminal, Rel. desig. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j. 23/11/2015)

Portanto, ultrapassada a fase processual de admissibilidade da acusação, com o recebimento da exordial acusatória, não mais cabe ao magistrado analisar a viabilidade da denúncia, e sim realizar o juízo de mérito da causa, com a prolação de sentença condenatória ou absolutória, conforme o caso.

Mas outro aspecto chama a atenção e deve ser considerado para a reforma da sentença impugnada. É que, não obstante o magistrado tenha decidido pela rejeição da denúncia, em extensa sentença de fls.2.093/2.100, lançou argumentos atinentes ao mérito, novamente em fase indevida, já que não possibilitou às partes, especialmente ao Ministério Público, interessado na reforma do *decisum*, fazer provas sobre suas alegações iniciais.

Certamente não era o momento de analisar a questão das supostas "vantagens indevidas" auferidas pelos réus/recorridos, nem tampouco concluir que suas condutas resultaram apenas em "irregularidades administrativas", sem possibilitar que na regular instrução processual pudesse o órgão acusador produzir as provas necessárias à comprovação do que alegou na denúncia. Tal providência somente seria cabível, repito, se tais conclusões fossem patentes, sem qualquer sombra de dúvidas e, ademais, através de uma sentença que absolvesse os réus sumariamente, nos termos do que estabelece o art. 397 da Lei Processual Penal, e não através do retrocesso processual de rejeição da denúncia.

Diante do exposto, com tais ponderações, divirjo do e. Relator para dar provimento ao recurso, afastando a rejeição da denúncia e determinado o regular prosseguimento do feito, na esteira do devido processo legal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 17 de maio de 2016.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança nº 1401560-26.2016.8.12.0000 - Fátima do Sul
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – APURAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATUANTE NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE JATEÍ – MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO PÚBLICO – DEFERIMENTO PELA JUÍZA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – ALEGAÇÃO DA IMPETRANTE DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS NÃO MAIS SUBSISTEM – BUSCA E APREENSÃO E OITIVAS – MEDIDAS EFETIVADAS – LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA CAUTELAR – DEMAIS ENVOLVIDOS QUE JÁ RETORNARAM AOS SEUS CARGOS E FUNÇÕES – ANULAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES – INCOMPETÊNCIA DO MPE PARA CONDUZIR – REJEITADO – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA – CAUTELAR REVOGADA – LIMINAR RATIFICADA.

Impõe-se a concessão parcial da segurança para revogar a medida cautelar de afastamento e determinar o retorno do impetrante ao cargo público na Câmara Municipal de Jateí, quando não mais subsistem as circunstâncias que deram ensejo ao deferimento da medida pela juíza, visto que já foram efetivadas as medidas de busca e apreensão nas repartições e residências designadas e as conduções coercitivas possibilitaram a oitiva de quem se fazia necessário, mormente quando os demais envolvidos já retornaram aos seus cargos e funções. Liminar ratificada.

Incabível a anulação das investigações diante da incompetência do Ministério Público Estadual para conduzir o procedimento, sob o fundamento de que a matéria analisada se trata de descumprimento de carga horária de trabalho de funcionário público da União cedido ao município de Jateí, posto que não houve pleito semelhante aviado no juízo *a quo*, acarretando supressão de instância a apreciação neste momento, além de que a análise demandaria aprofundamento do exame fático probatório, o que é incabível pela via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e a Desª Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 25 de maio de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Jeovani Vieira dos Santos impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o ato proferido pela Juíza de Direito da 2ª Vara Comarca de Fátima do Sul.

Narra que nos autos do processo de pedido de busca e apreensão n° 0002680-93.2015.8.12.0010 foi deferida a medida cautelar de afastamento do impetrante dos cargos de vereador e de agente de combate de endemias, a fim de que assegurar a preservação da colheita de provas.

Aduz que todas as outras medidas cautelares deferidas (busca e apreensão, condução coercitiva para depor e interrogatório de testemunha) já foram executadas, tornando o afastamento do impetrante dos cargos de vereador e de agente de combate de endemias um ato ilegal, desnecessário e desproporcional.

Sustenta, ainda, incompetência do Ministério Público Estadual para conduzir as investigações, posto que a matéria é concernente ao seu descumprimento da carga horária de trabalho, por supostas faltas injustificadas, sendo que o fato de ser funcionário público da União, cedido para o município de Jateí, torna necessário que as investigações sejam processadas pelo Ministério Público Federal.

Assim, requereu, liminarmente, a suspensão da medida cautelar para que pudesse retornar aos cargos de vereador e agente de combate de endemias e, no mérito, para que fosse revogada a medida cautelar, bem como anuladas as investigações.

A liminar foi concedida, às f. 902-904.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, à f. 908, e documentos juntados, às f. 909-958.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 962-982, pela denegação da ordem e elabora prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Jeovani Vieira dos Santos impetra o presente mandado de segurança contra ato da Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que deferiu medida cautelar e determinou o seu afastamento dos cargos de vereador e agente de combate de endemias da comarca de Jateí.

Pois bem. Considerando que da data da concessão do pedido liminar (26.2.16) até o presente momento já transcorreram mais de 60 dias sem que tenha surgido qualquer fato novo capaz de justificar a revogação da medida, bem como não há informações de que houve requisição de outras diligências por parte do Ministério Público que pudessem ensejar a necessidade de afastamento do impetrante das funções exercidas, adoto como razões de decidir os mesmos argumentos já declinados naquela ocasião, senão vejamos:

> *"Observados os requisitos de admissibilidade do mandamus, tem-se que, ao menos em cognição sumária, estão preenchidos no caso vertente.*
>
> *Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*
>
> *Infere-se, pois, a imprescindibilidade do (i) direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data e (ii) ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público para a impetração deste remédio constitucional.*

Outrossim, analisados os autos em cognição sumária, vislumbro a presença dos pressupostos indispensáveis para a concessão da liminar pleiteada.

A medida é uma providência destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela decisão terminativa, do direito do impetrante. Em suma: visa impedir que o retardamento da decisão final venha a torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido.

Dispõe o artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009:

Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: ... que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultativo exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Colhe-se dos ensinamentos de Sergio Feraz:

À liminar ou à simples cautelar dará preferência o interessado quando, além de seu pleito a aconselhar o exame das posições litigiosas contrapostas, para mais nítido desenho do direito invocado, a ele satisfizer a simples garantia, potencial (simples cautelar) ou concreta (liminar), de efetividade da futura decisão; à tutela antecipada inclinar-se-á quando o reconhecimento imediato da plena titularidade do bem da vida em disputa, além de se amparar de plano robustamente evidenciada, assuma também a nota de condição, mesmo, de sobrevivência do direito. (in Mandado de Segurança, p. 276-277)

Assim, para a concessão da liminar em sede de mandado de segurança são necessários, além dos requisitos previstos constitucionalmente (direito liquido e certo e ato abusivo ou ilegal de autoridade), os pressupostos específicos da liminar. Ou seja, a relevância dos fundamentos da impetração ("fumus boni iuris") e o perigo da demora ("periculum in mora").

In casu, o fumus boni iuris e o periculun in mora restam demonstrados pelo fato de que a medida cautelar de afastamento das funções foi deferida, a fim de obter êxito nos atos investigatórios consistentes em busca e apreensão, condução coercitiva e oitiva de testemunhas. Realizadas as citadas diligências que justificaram a concessão da medida cautelar, tem-se que resta desnecessária a sua manutenção, até mesmo diante da ausência de requisição do órgão ministerial de novas diligências que justifiquem a prorrogação da medida.

Por tais motivos, defere-se o pedido liminar pleiteado, a fim de revogar, especificamente quanto ao impetrante Jeovani Vieria dos Santos, as medidas cautelares de afastamento das funções públicas (vereador e agente de combate de endemias) e proibição de ingressar nos respectivos locais de trabalho."

Acresça-se a isso que restavam afastados de suas funções apenas Maria Aparecida Neres Leite e Davi Pereira Brito, já que os demais obtiveram a concessão das liminares nos mandados de segurança n° 1401989-90.2016.8.12.0000 e 1401699-75.2016.8.12.0000. Contudo, em 04/04/2016, foi revogada em favor daqueles a medida cautelar dos autos n. 0002680-93.2015.8.12.0010, já tendo, portanto, todos os envolvidos retornado às funções que exerciam.

Ademais, incabível a anulação das investigações diante da incompetência do Ministério Público Estadual para conduzir o procedimento, sob o fundamento de que a matéria analisada se trata de descumprimento de carga horária de trabalho de funcionário público da União cedido ao município de Jateí.

Isso porque não houve pleito semelhante aviado no juízo *a quo*, acarretando supressão de instância a apreciação neste momento, além de que a análise demandaria aprofundamento do exame fático probatório, o que é incabível pela via eleita.

Por oportuno:

> *"ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL INATIVA - GRATIFICAÇÃO A TÍTULO DE "REGIME DE TEMPO INTEGRAL" - INCORPORAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE, NA VIA ELEITA - MÉRITO NÃO APRECIADO PELO TRIBUNAL A QUO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*
>
> *1 - Na via processual constitucional do mandado de segurança, a liquidez e a certeza do direito devem vir demonstradas initio litis. In casu, não há como analisar a possibilidade da "implantação" da gratificação de 100% (cem por cento) sobre o vencimento, a título de "Regime de Tempo Integral", aos proventos da recorrente, sem a prova da incorporação de tal vantagem. Com efeito, inexiste nos autos, cuja prova deve vir pré-constituída, qualquer comprovação da supracitada incorporação. Para tanto, é necessário dilação probatória, possível somente na via ordinária, a qual fica ressalvada nesta oportunidade.*
>
> *2 - Ademais, se isso não fosse suficiente, não tendo o Órgão a quo apreciado a matéria impugnada nas razões recursais, é defeso ao Colegiado ad quem, ou seja, esta Corte Superior, a sua análise, sob pena de supressão de instância (cf. ROMS nº 12.314/RJ).*
>
> *3 - Recurso conhecido, porém, desprovido"*[1]

Por fim, quanto ao prequestionamento a matéria foi debatida, sendo que a revogação da medida cautelar não viola os artigos indicados.

Pelo exposto, em parte com o parecer, concedo parcialmente a ordem tão somente para ratificar a liminar de f. 902-904, revogando-se em definitivo a medida cautelar deferida nos autos n. 0002680-93.2015.8.12.0010, e, consequentemente, determinando o retorno do impetrante Jeovani Vieira dos Santos aos cargos de vereador e agente de combate de endemias.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1° Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (2° Vogal)

Acompanho o relator, para o fim de ratificar a liminar e conceder parcialmente a segurança Jeovani Vieira dos Santos, considerando que a decisão liminar que cassou a decisão de afastamento dos cargos de vereador e agente de combate de endemias foi proferida em 22.02.2016 e, não há informações concretas acerca do modo em que o impetrante estaria se utilizando dos cargos imprescindivelmente para frustrar as investigações. Caso demonstradas ensejariam a medida extrema – prisão preventiva.

Além disso, já houve a apreensão de documentos, computadores e aparelhos de telefone celular, bem como, há que se considerar que pelo decurso de tempo do deferimento da liminar no presente writ, tornou-

1 STJ. Processo: RMS 13279 PB 2001/0057152-5 Relator(a): Ministro Jorge Scartezzini Julgamento: 02/09/2003 Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma Publicação: DJ 13.10.2003 p. 378

se desnecessária a medida cautelar de afastamento, pois eventual adulteração de documentos certamente já fora providenciada no período em que fora reconduzido aos cargos.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (3° Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (4° Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (5° Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (6° Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam parcialmente a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e a Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 25 de maio de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0032577-43.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/1990 – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – REFUTADO – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – DOLO EVIDENCIADO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE – EXASPERAÇÃO PRESERVADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Restando comprovado que o réu criou proibido penalmente relevante ao vender, ter em depósito para venda ou expor à venda bebidas alcoólicas em condições impróprias para o consumo, deve-se preservar a condenação pela prática do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990.

O dolo condutor da conduta restou evidenciado a partir da simples constatação de que as bebidas sofreram rebaixamento do padrão de qualidade com o objetivo de elevar a lucratividade, ou seja, com propósito de obter vantagem em prejuízo alheio.

Na questão relacionada ao concurso de pessoas, a autoria pode se dar de diversos modos, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal, sendo possível a responsabilização de um agente que tenha participado de uma das fases do *iter criminis* contribuindo para a sua concretização, desde que todos tenham ajuste para agir dolosamente ao mesmo fim criminoso, de modo que quem exerce o domínio sobre o fato responde na medida de sua culpabilidade, conforme aplicação da Teoria do Domínio do Fato. Assim, tendo o recorrente realizado uma parte necessária do plano global, na condição de proprietário e gestor da empresa investigada, inclusive conduzindo a atuação do autor imediato que executou o delito, é plenamente possível sua responsabilização mediante aplicação da teoria em questão.

Impossível acreditar que o réu agiu desconhecendo ser proibido vender, ter em depósito para venda ou expor à venda bebidas alcoólicas em condições impróprias para o consumo, adulteradas mediante adições de água e açúcar, sobretudo diante de seu interrogatório judicial, em que disse ter conhecimento quanto à existência de padrões e índices (mínimo e máximo) na produção de bebidas alcoólicas.

Descabe o pleito de redução da pena-base se a culpabilidade, assim compreendida como maior ou menor censurabilidade do agente, foi validamente evidenciada na sentença recorrida.

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 unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 11 de abril de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Paulo Ricardo Sbardelote interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo juiz de Direito da 2ª vara criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0032577-43.2008.8.12.0001, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 (*vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*), apenando-o a 03 anos, 04 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial aberto, sendo concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos,

Postula a absolvição alegando que: a) inexistem de provas de que tenha agido dolosamente, pois, embora tenha confessado que eram suas as decisões a respeito da produção das bebidas cujas condições estavam impróprias para o consumo, mormente por ser o proprietário das empresas investigadas, não era o responsável pelos procedimentos químicos nelas realizados, pois contratou responsável químico para realizá-los, de modo que *"não tinha conhecimento de que estava praticando uma conduta ilícita"*, pois, na sua compreensão, *"eram normais"* as *"adições de água e açúcar"* para alterar a composição das bebidas alcoólicas tipo *"cachaça"* que comprava para revender; b) não tinha conhecimento de que *"a conduta descrita nos autos era ilegal"*, tanto que *"nunca escondeu tal procedimento de ninguém"*, restando caracterizada a hipótese de erro de tipo, prevista no artigo 20 do Código Penal; c) também não tinha interesse em guardar, vender ou manter em depósito produtos em condições impróprias para o consumo, sendo injusta a condenação somente por ser o proprietário da empresa, havendo em seu desfavor somente indícios e suposições; d) não há comprovação de que agiu com intenção de prejudicar ou obter vantagem com tal adulteração.

Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal.

O Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Paulo Ricardo Sbardelote interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0032577-43.2008.8.12.0001, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 (*vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*), apenando-o a 03 anos, 04 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial aberto, sendo concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos,

Postula a absolvição alegando que: a) inexistem de provas de que tenha agido dolosamente, pois, embora tenha confessado que eram suas as decisões a respeito da produção das bebidas cujas condições estavam impróprias para o consumo, mormente por ser o proprietário das empresas investigadas, não era o responsável pelos procedimentos químicos nelas realizados, pois contratou responsável químico para

realizá-los, de modo que *"não tinha conhecimento de que estava praticando uma conduta ilícita"*, pois, na sua compreensão, *"eram normais"* as *"adições de água e açúcar"* para alterar a composição das bebidas alcoólicas tipo *"cachaça"* que comprava para revender; b) não tinha conhecimento de que *"a conduta descrita nos autos era ilegal"*, tanto que *"nunca escondeu tal procedimento de ninguém"*, restando caracterizada a hipótese de erro de tipo, prevista no artigo 20 do Código Penal; c) também não tinha interesse em guardar, vender ou manter em depósito produtos em condições impróprias para o consumo, sendo injusta a condenação somente por ser o proprietário da empresa, havendo em seu desfavor somente indícios e suposições; d) não há comprovação de que agiu com intenção de prejudicar ou obter vantagem com tal adulteração.

Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal.

O Ministério Público Estadual de primeira instância, em contrarrazões, e a Procuradoria de Justiça, em seu parecer, posicionam-se pelo não provimento do recurso.

Num breve resumo, consta dos autos que o réu foi denunciado juntamente com Mario Sergio Gomes de Castro pela prática do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, com base nas seguintes asserções:

> *"Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial nº 4181/2008 que, no dia 21 de maio de 2004, em horário certo, mas ainda não definido, nos estabelecimentos comerciais 'Indústria e Comércio de Bebidas Copa Brasil Ltda-ME', localizado na Rua Realengo, nº 204, Bairro Vila Maciel, nesta capital, e 'Santos e Soares Ltda' (FRUTILLA), localizado no anel rodoviário, km 08, saída para São Paulo/SP, zona rural, nesta capital, Paulo Ricardo Sbardelote e Mario Sergio Gomes de Castro venderam, tinham em depósito para vender e expuseram à venda, dolosamente, bebidas alcoólicas em condições impróprias para o consumo, uma vez que a composição delas estava em desacordo com as prescrições legais, conforme o Certificado Oficial de Análise Fiscal nº 5/2004/0708 (fls. 135-136) e Laudo de Exame Merceológico (fls. 197-200).*
>
> *Segundo restou apurado, Paulo Ricardo Sbardelote e Mario Sergio Gomes de Castro, por meio da sociedade empresária da qual eram sócios proprietários, 'Indústria e Comércio de Bebidas Copa Brasil Ltda-ME', adquiriam bebidas alcoólicas do tipo cachaça de cooperativas paulistas, as quais eram transportadas em caminhões tanque do Estado de São Paulo até a sede da empresa nesta capital, onde eram acondicionadas em um reservatório com capacidade para sessenta mil litros.*
>
> *Todos os dias parte da bebida armazenada era retirada do reservatório e misturada com água e açúcar em outro recipiente, para, posteriormente, ser engarrafada, acondicionada em caixas ou embalagens plásticas, seladas e, em seguida, vendida para a sociedade empresária 'Santos e Soares Ltda' (FRUTILLA), de propriedade do primeiro denunciado, Paulo Ricardo Sbardelote, a qual era responsável pela comercialização do produto final.*
>
> *Ocorre que, no bojo do procedimento investigatório instaurado para apurar a prática de crime tributário, a Polícia Federal apreendeu milhares de garrafas das bebidas alcoólicas produzidas pelos denunciados e, mediante Laudo de Exame Merceológico de fls. 197-200, constatou-se que os produtos apreendidos estavam sendo comercializados com composição em desacordo com as prescrições legais, tendo em vista que: as Aguardentes de Cana Copa Brasil, embalagens de 500 ml e 965 ml, apresentaram grau alcoólico real inferior ao limite mínimo e açúcar total acima do limite máximo (fls. 135-136); e as Aguardentes de Cana Pioneira, embalagens de 965 ml, 600 ml e 355 ml apresentaram grau alcoólico real inferior ao limite mínimo, sendo que a embalagem de 965 ml apresentou também anormalidade no exame organoléptico (fls. 137-139).*

O dolo restou caracterizado na conduta dos denunciados em transformar as mercadorias antes da sua venda, um vez que aqueles, assim agindo, sabiam e assumiram o risco de que o produto final teria composição em desacordo com as prescrições legais.

A autoria vem expressa no depoimento extrajudicial de Paulo Ricardo Sbardelote, onde este afirma que tanto ele quanto Mario Sergio Gomes de Castro eram os responsáveis pelo controle técnico e de qualidade das mercadorias produzidas pela sociedade empresária 'Indústria e Comércio de Bebidas Copa Brasil Ltda.' (fls. 263-264). A materialidade está consubstanciada no Certificado Oficial de Análise Fiscal nº 5/2004/0708 (fls. 135-136 e 137-139) e Laudo de Exame Merceológico (fls. 197-200)."

O acusado Mario foi citado por edital, e se mostrou revel, pelo que em relação a ele o processo e a prescrição restaram suspensos, nos termos do CPP, 366, a partir de 24/02/2012 (fls. 352 e 359).

Encerrada a fase instrutória, sobreveio a sentença de procedência da pretensão punitiva estatal, arrimada nos seguintes fundamentos:

"Passo ao mérito. O tipo penal imputado assim estabelece:

'Art. 7. Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer fôrma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa'.

A materialidade do crime foi comprovada pelo Laudo Pericial, mormente às fls. 141, 142, 143, 144 e 145 dos autos. A tais folhas indicou-se que as bebidas analisadas, todas elas de produção da empresa "Copa Brasil", se encontravam em padrões anormais quanto à gradação alcoólica (menor que o índice mínimo tolerado) e quanto aos índices de açúcar e de componentes secundários (maiores que os índices máximos tolerados).

A elementar 'impropriedade ao consumo' não decorre unicamente de eventuais danos à saúde do consumidor (que também poderiam advir dos índices anormais de açúcar constantes dos produtos adulterados), mas também do rebaixamento do padrão de qualidade (vendendo pelo "preço normal" um produto que tem custo de produção inferior ao "custo normal") e pela concorrência desleal com outros fornecedores, cujo "custo normal" seja obedecido na produção ou cujas margens de lucro sejam menores do que aquelas obtidas pelos infratores da norma.

Assim, não há como acolher (e, portanto, rejeito desde logo) a alegação da defesa quanto à pretensa impossibilidade de estabelecer a elementar 'impropriedade para o consumo' apenas com base em normas regulamentares. Tais normas, aliás, foram retratadas neste caso concreto às fls. 139, em documento emitido pelo Delegado Federal da Agricultura, que declarou não poderem ser comercializados (mas sim levados à inutilização) os produtos 'Aguardente de Cana Adoçada', nos seus variados volumes, das marcas 'Copa Brasil' e 'Pioneira', fabricados pela empresa 'Copa Brasil'.

Nos depoimentos de fls. 383, a testemunha Jeoval confirmou os produtos adulterados já estavam expostos à venda no comércio local. A testemunha Edsney declarou que outro lote dos produtos adulterados se encontrava já embalado no depósito da empresa "Copa Brasil", em caixa lacrada, para ser enviado aos comerciantes e receberem futura exposição ao consumidor final.

Resta comprovada, assim, a materialidade do crime.

Quanto à autoria, vê-se no interrogatório de fls. 412, que o acusado Paulo, mesmo negando o crime, era o dono e diretor das empresas que produziam e comercializavam os produtos adulterados. O acusado também confirmou que ele é quem tomava as decisões a respeito da produção e que procedeu à contratação de engenheiro químico para tanto. Igualmente, confirmou o conhecimento quanto à existência de padrões e índices (mínimo e máximo) na produção de bebidas alcoólicas.

Mais importante é que o acusado, tendo confirmado ser quem tomava as decisões a respeito da produção da empresa, confirmou saber sobre os procedimentos de adição de água e açúcar sobre a aguardente (para ser 'destilada'), que levavam à conformação final do produto adulterado.

Nessa hipótese, aplica-se então a Teoria do Domínio do Fato contra o acusado, pois ele, ainda que não por suas próprias mãos tenha realizado a adulteração do produto, tornando-o impróprio para o consumo, tinha o poder de mando para que a composição do produto fosse correta (dentro dos padrões de normalidade) ou para que a adulteração do produto cessasse.

A Teoria do Domínio do Fato, como bem se sabe, foi formulada por Claus ROXIN para que, nas condutas delitivas realizadas por autores mediatos devidamente organizados e com repartição de tarefas, se pudesse alcançar o "homem por detrás" que efetivamente tinha o poder de mando para que se realizasse (ou deixasse de realizar) a infração à norma penal. Assim ela é retratada por Luis Regis Prado:

'O princípio do domínio do fato significa que o 'autor final é senhor e dono de sua decisão e execução (...)'. Vale dizer: 'tomar nas mãos o decorrer do acontecimento típico compreendido pelo dolo'. Pode ele se expressar em domínio da vontade (autor direto e mediato) e domínio funcional do fato (coautor). Tem-se como autor aquele que domina finalmente a realização do tipo de injusto doloso, visto que no injusto culposo não cabe falar em domínio final do fato'. (PRADO, Luis Regis. "Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1 - Parte Geral", 9. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 461).

Concluo, no presente caso concreto, que o acusado Paulo tinha efetivamente o poder de mando de fazer (ou parar de fazer) a adulteração dos produtos levados ao comércio, muito embora impróprios para tal. Tendo tal poder, reputo-o autor do fato delitivo que lhe é imputado.

Comprovada a materialidade e a autoria, com a eliminação de toda dúvida a seu respeito, desde logo rejeito as alegações da defesa pela aplicação do in dubio pro reo e pela ausência de provas da autoria.

Inexistentes outras alegações de defesa, considero a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do acusado, na conduta a si imputada.

Quanto à conduta, o acusado de fato 'tinha em depósito', 'expunha à venda' e 'vendia'. Quanto à elementar de 'impropriedade para o consumo', já foi apreciada quando da materialidade do crime. Quanto à tipicidade subjetiva, o acusado quis realizar o tipo e demonstrou ter o intento de adulterar os produtos mediante a adição de água e açúcar, tornando-os impróprios para o consumo. Quanto à tipicidade material, reputo que não há que se considerar, pois entendo se tratar de modalidade criminosa de perigo abstrato (cuja produção de resultado é irrelevante para o tipo), modalidade essa já reafirmada constitucional pelo STF. Precedente: STF, HC 102.087/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Não verifico existir, no caso concreto, qualquer excludente da antijuridicidade.

Também quanto à culpabilidade não vejo como excluir o crime cometido pelo acusado. À época dos fatos ele era plenamente imputável, lhe era possível saber da ilicitude de sua conduta, bem como exigir-lhe que a produção das aguardentes se desse em obediência aos padrões de normalidade antes de serem levadas para venda ao consumidor final.

Portanto, concluo que o acusado praticou e consumou o crime que lhe é imputado (Lei 8.137/90, artigo 7º, inciso IX), pelo que se torna incurso nas sanções penais correspondentes.

Não incidem qualificadoras sobre o tipo penal.

Muito embora houvesse diversos produtos adulterados, tal como indicado na apreciação da materialidade do crime, entendo que se trata de crime único, não havendo na espécie qualquer espécie de concurso de crimes (CP, 69 e 70).

Não incide a majorante (com a ressalva de a redação legal mencionar 'agravar') do artigo 12 da Lei 8.137/90, em nenhum de seus incisos.

Tratando-se de crime doloso, não incide a minorante do artigo 7º, parágrafo único, da mesma lei.

Não constam antecedentes contra o acusado (fls. 395-396), pelo que reputo-o primário. Todavia, incide a agravante do CP, 61, II, "a", dada a torpeza do motivo criminoso, a saber, o desejo do acusado de obter lucros exorbitantes em desfavor da coletividade, especialmente sobre sua parcela mais miserável consumidora de bebidas alcoólicas de baixo custo.

Incide também a agravante do CP, 62, I, posto que o acusado era o dono da empresa adulteradora e seu principal dirigente, coordenando todos os funcionários empregados no processo delituoso.

Não incidem atenuantes em favor do acusado.

Para fins de, no decreto condenatório, apresentar a condenação do acusado devidamente quantificada, passo a dosar-lhe a pena."

Contra a sentença recorre apenas o réu pedindo, inicialmente a absolvição, com base nos argumentos expostos anteriormente.

Razão não lhe assiste.

Conforme bem explorado no *decisum* hostilizado, ao longo da instrução processual restou suficientemente provado via provas orais e documentais colhidas que o réu criou proibido penalmente relevante ao vender, ter em depósito para venda ou expor à venda bebidas alcoólicas em condições impróprias para o consumo.

Em verdade, a existência do fato criminoso e a sua autoria são incontroversas, pois a própria defesa admitiu que o réu, na condição de proprietário da empresa Frutilla, era o responsável pelas decisões a respeito da produção das bebidas e detinha conhecimento de que o responsável químico por ele contratado adulterava as bebidas alcoólicas tipo *"cachaça"* mediante *"adições de água e açúcar"*.

Ademais, reconheceu que as bebidas examinadas se encontravam em padrões anormais quanto à gradação alcoólica (menor que o índice mínimo tolerado) e quanto aos índices de açúcar e de componentes secundários (maiores que os índices máximos tolerados), as quais, conforme assentado em primeira instância, constituem mercadorias em "*condições impróprias ao consumo*", pois "*não decorre unicamente de eventuais danos à saúde do consumidor (que também poderiam advir dos índices anormais de açúcar constantes dos produtos adulterados), mas também do rebaixamento do padrão de qualidade (vendendo pelo 'preço normal' um produto que tem custo de produção inferior ao 'custo normal') e pela concorrência desleal com outros fornecedores, cujo 'custo normal' seja obedecido na produção ou cujas margens de lucro sejam menores do que aquelas obtidas pelos infratores da norma"*.

O dolo condutor da conduta restou evidenciado a partir da simples constatação de que as bebidas sofreram rebaixamento do padrão de qualidade com o objetivo de elevar a lucratividade, ou seja, com propósito de obter vantagem em prejuízo alheio.

Inócua a pretensão de buscar atribuir unicamente ao responsável químico a responsabilidade pelo delito imputado.

Impende registrar que na questão relacionada ao concurso de pessoas, a autoria pode se dar de diversos modos, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal, sendo possível a responsabilização de um agente que tenha participado de uma das fases do *iter criminis* contribuindo para a sua concretização, desde que todos tenham ajuste para agir dolosamente ao mesmo fim criminoso, de modo que quem exerce o domínio sobre o fato responde na medida de sua culpabilidade, conforme aplicação da Teoria do Domínio do Fato, muito bem lembrado pelo Juiz sentenciante.

Importante, portanto, relembrar que Welzel foi quem trouxe a abordagem no sentido de autoria final baseada no critério do domínio do fato, conforme explica Claus Roxin (*in* Autoría Y Dominio Del Hecho En Derecho Penal. 7ª ed. Madri: Ed. Marcial Pons.1999, p. 85) ao mencionar que:

> *"(...) en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en Welzel, que enlaza por vez primera idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una "autoría final" basada en el criterio del dominio del hecho.‹‹La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final,›› disse Welzel.*
>
> *A partir de ahora, el concepto del dominio del hecho se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal, y ello essencialmente con el contenido y configuración que recebieron de Welzel. De ahora en adelante su destino ya no forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual."*

Assim, resgatamos o entendimento de Welzel acerca da Teoria do Domínio do Fato, citado por Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1. 13ª ed. p. 422):

> *"Nem uma teoria puramente objetiva nem outra puramente subjetiva são adequadas para fundamentar a essência da autoria e fazer, ao mesmo tempo, a delimitação correta entre autoria e participação. A teoria do domínio do fato, partindo do conceito restritivo de autor, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva. Embora o domínio do fato suponha um controle final, 'aspecto subjetivo', não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).* ***Como ensina Welzel, 'a conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige de forma planificada é o que transforma o autor em senhor do fato'. Porém, como afirma Jescheck, não só a vontade de realização resulta decisiva para***

> ***a autoria, mas também a importância material da parte que cada interveniente assume no fato.***
>
> ***A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências:*** *1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª)* ***é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global ("domínio funcional do fato"), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum****".* (g.n.)

De tal sorte, tendo o recorrente realizado uma parte necessária do plano global, na condição de proprietário e gestor da empresa investigada, inclusive conduzindo a atuação do autor imediato que executou o delito, é plenamente aplicável a teoria do domínio do fato e impossível acolher o pedido absolutório. Vale dizer, a responsabilidade penal que recai sobre o recorrente não decorre unicamente da sua condição de proprietário da empresa.

Descabida a alegação de erro de tipo (CP, artigo 20), pois é impossível acreditar que o réu agiu desconhecendo ser proibido vender, ter em depósito para venda ou expor à venda bebidas alcoólicas em condições impróprias para o consumo, adulteradas mediante adições de água e açúcar, sobretudo diante de seu interrogatório judicial, em que disse ter conhecimento quanto à existência de padrões e índices (mínimo e máximo) na produção de bebidas alcoólicas.

A condenação, destarte, deve ser mantida.

Passo ao exame da dosimetria da pena. Para exata compreensão da quaestio, transcrevo os fundamentos da sentença acerca do tema:

> *"A pena típica é de detenção de reclusão de 2 a 5 anos, ou multa. Inicialmente, entendo que a substituição isolada pela pena de multa não será suficiente para promover a prevenção geral e especial, nem reassegurar a efetividade da norma. Assim, opto e passo à determinação da pena privativa de liberdade em desfavor do acusado. Considerando o CP, 59, entendo que atuam em desfavor do acusado sua culpabilidade, posto que a marca 'Frutilla' era, à época do crime, bastante popular e de maior disseminação e alcance entre a coletividade consumidora. Considero que não laboram em desfavor do acusado sua conduta social, antecedentes, personalidade, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima. Quanto ao motivo (lucro exorbitante), reconheço mas deixo de aplicar, para evitar bis in idem com a agravante já reconhecida. Com base nessa aplicação das circunstâncias judiciais ao crime em tela, fixo a pena base em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção. Sobre esta pena base, concorrendo duas agravantes (CP, 61, II, "a"; e 62, I), agravo a pena em 1 (um) ano, com o que fixo a pena intermediária em 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção; pela ausência de majorantes ou minorantes, desde logo torno definitiva essa pena. Nos termos do CP, 33, § 2º, alínea "c", fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena. Nos termos do CP, 44, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito, a saber, uma pena pecuniária e uma pena de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade, cuja execução será estabelecida pela COVEP. Entendo que a pena pecuniária redundará em desestímulo à reiteração da prática do crime ora julgado, e a pena de prestação de serviços à comunidade servirá para a valorização dos bens jurídicos afetados, a saber, a saúde pública, a livre concorrência e a higidez das relações de consumo. Prejudicada a apreciação do sursis (CP, 77)."*

Conforme se infere, a culpabilidade, assim compreendida como maior ou menor censurabilidade do agente, foi validamente evidenciada na sentença recorrida, na qual se destacou "*que a marca 'Frutilla' era,*

à época do crime, bastante popular e de maior disseminação e alcance entre a coletividade consumidora", a merecer maior juízo de reprovação na individualização da pena, por ofender com maior gravidade o bem jurídico tutelado.

Cumpre salientar que a valoração negativa da culpabilidade, nos termos acima explicitados, permite a manutenção da pena no patamar ajustado na sentença, que deve guardar coerência e proporcionalidade com a análise dessa circunstância e ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (CP, artigo 59).

Assim, nenhum ajuste a pena-base requer.

Na segunda fase, considero razoável o acréscimo da pena intermediária em 01 ano, em razão das agravantes previstas no artigo 61, II, a, e artigo 62, I, do Código Penal, sobretudo à míngua de irresignação defensiva.

Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou diminuição.

Logo, a pena deverá ser mantida nos termos fixados na sentença, que já estabeleceu o regime prisional aberto e concedeu ao réu o benefício do artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto por Paulo Ricardo Sbardelote.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, improveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 11 de abril de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0002429-03.2014.8.12.0110 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 – PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL – DENÚNCIA REJEITADA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – ÍNFIMA QUANTIDADE – AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado.

Sendo ínfima a quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, reclamando a incidência do princípio da insignificância.

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, contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 6 de junho de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0002429-03.2014.8.12.0110, que rejeitou a denúncia oferecida contra Lindomar Fernandes Gomes, que lhe imputou a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Postula, em resumo, o recebimento da inicial acusatória alegando ser inaplicável o princípio da insignificância.

As contrarrazões encontram-se às f. 83-96.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos autos n. 0002429-03.2014.8.12.0110, que rejeitou a denúncia oferecida contra Lindomar Fernandes Gomes, que lhe imputou a prática da infração prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Postula, em resumo, o recebimento da inicial acusatória alegando ser inaplicável o princípio da insignificância.

As contrarrazões encontram-se às f. 83-96.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento.

O recurso não merece provimento.

Consta dos autos que o réu foi denunciado pela prática da conduta tipificada no 28 da Lei 11.343/06, com base nas seguintes asserções:

> *"No dia 26 de novembro de 2013 (terça-feira), pro volta das 19h15min, na Rua Estevão Capriata, nos fundos de um Posto da rede Ipiranga, Bairro Vila Progresso, nesta comarca, o denunciado Lindomar Fernandes Gomes foi flagrado ao adquirir e trazer consigo, para consumo pessoal, 01 (um) papelote, totalizando 0,5g (cinco decigramas), de substância análoga à cocaína, sem autorização e em desacordo com regulamentação legal ou regulamentar. Segundo restou apurado, no dia e hora acima mencionados, investigadores de polícia judiciária realizavam o monitoramento das imediações da Rua Estevão Capriata, quando flagraram a adolescente infratora Z. H. G. da S. entregando substâncias entorpecentes ao denunciado. Ato contínuo, os investigadores abordaram o denunciado, oportunidade em que localizaram em sua mão 01 (um) papelote de cocaína. Perante a autoridade policial, o acusado confessou que adquiriu a droga da adolescente para seu consumo pessoal, bem como afirmou que é usuário de entorpecentes há pelo menos 20 anos. Realizado o Laudo de Exame Toxicológico nº 1767/2013 (f. 18/19) o resultado foi positivo para cocaína, substância psicotrópica, capaz de provocar dependência psíquica, estando incluída na Portaria n.º 344 da Secretaria Nacional da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12 de maio de 1998 (republicada em 1º de fevereiro de 1999 e atualizada pela Resolução-RDC nº 88/07, de 18 de dezembro de 2007), portanto, proibida em todo território nacional, de acordo com a Lei Federal nº 11.343, de 28 de agosto de 2006"*

Agiu com acerto, entrementes, o julgador de primeira instância ao rejeitar a inicial acusatória com base no princípio da insignificância.

Como visto, o réu foi surpreendido portando aproximadamente 0,5g (cinco decigramas) de "cocaína" para consumo pessoal. O comportamento amolda-se formalmente ao tipo legal imputado.

No entanto, não é preciso maior esforço para concluir que a conduta é incapaz de causar lesão significativa à saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

É sabido que a conduta criminosa além de se amoldar formalmente ao tipo, ou seja, estar descrita da forma determinada pela norma, deve também estar em conformidade materialmente à mesma, isto é, deve ofender o bem jurídico tutelado, ou ao menos levar perigo ao mesmo.

Portanto, para que a conduta seja típica deve ajustar-se ao tipo penal não só formalmente, mas também materialmente, ou seja, a lesão ou perigo de lesão deve ser relevante. Exige-se, portanto, ofensa significativa ao bem jurídico tutelado.

In casu, a conduta imputada ao réu, consistente em portar 0,5g (cinco decigramas) de "cocaína" para consumo pessoal, deve ser considerada materialmente atípica, por ser incapaz de ofender o bem jurídico tutelado – a saúde pública.

Nesse sentido menciono o seguinte precedente do e. Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida."* (HC 110475, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012)

Consoante se retira do aludido *case*, a valoração acima exposta encontra suporte em expressivo magistério doutrinário (GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *In*: Revista dos Tribunais, v. 789/439-456; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133/134, item nº 131; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6, item nº 9; JESUS, Damásio E. de. Direito Penal - Parte Geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1/10, item nº 11, h; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 113/118, item nº 8.2).

Do âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça colhem-se alguns precedentes endossando a tese ora esposada, a seguir elencados:

> *"PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - 4Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Recurso especial conhecido."* (REsp 290.445/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 14/05/2002, DJ 29/09/2003, p. 356)

> *"PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Habeas Corpus concedido."* (HC 17.956/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 03/12/2001, DJ 19/08/2002, p. 194)

> *"O crime, além da conduta, reclama – resultado – no sentido de provocar dano, ou perigo ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecentes são definidos como delito porque acarretam – pelo menos -, perigo para a sociedade ou ao usuário. A quantia ínfima, descrita na denúncia, não projeta o perigo reclamado."* (Resp. nº 154.840/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.12.97, v.u., DJU 06.04.98, p. 175).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci ensina o seguinte:

> *"Crime de bagatela: possibilidade. Entendíamos não ser necessária a aplicação do princípio da insignificância, no contexto do art. 28 desta Lei, pois não haveria a fixação de pena privativa de liberdade, em qualquer hipótese. Portanto, ainda que diminuta a quantidade da droga, haveria, ao menos, uma advertência, evitando, no futuro, males maiores. Entretanto, o princípio da intervenção mínima não estaria sendo, fielmente, aplicado. Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado. A quantidade ínfima de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração no art. 28. Logo, alteramos a nossa anterior posição e passamos a admitir o princípio da insignificância para o portador de irrita quantidade de droga."* (*in* Leis penais e processuais comentadas. 5ª ed.-São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 343).

Observadas tais orientações, considerando a quantidade e a natureza da droga encontrada em poder do réu, conclui-se que a conduta é desprovida de potencialidade lesiva, reclamando a aplicação do princípio da insignificância.

Cumpre lembrar que a configuração do injusto doloso exige a presença do desvalor da ação e do desvalor do resultado. No presente caso, o desvalor do resultado não gerou lesão ou perigo de lesão a ponto de caracterizar o delito imputado. Enfim, a ação não criou um risco, relevante e juridicamente proibido, ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, impõe-se aplicar o postulado da insignificância, o qual tem o condão de descaracterizar a tipicidade penal da imputação, analisada sob a perspectiva material.

Registro, ademais, que há respeitáveis entendimentos rechaçando a incriminação da conduta de portar drogas para consumo próprio, à luz de teoria do delito, que infirma a possibilidade de punir aquele que atenta contra a própria saúde ou contra a própria vida.

Cito, à guisa de ilustração, o seguinte precente:

> *"PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME) - A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o "emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas" (ver: Salo de Carvalho, "A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização", Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34). - Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade. - No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. - Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior – atenta: fatos*

> *sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional! - Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho."* (Apelação Crime 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 07.05.03)

A despeito do óbice erigido pela súmula vinculante n. 10 do STF, que impede este órgão fracionário de proclamar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, continua sendo imperativo que se examine o juízo de tipicidade penal, com todos os consectários doutrinários que a teoria do delito impõe a tal reflexão, donde autorizadas as considerações acerca da configuração da hipótese bagatelar (princípio da insignificância) e da ausência de lesividade concreta da conduta (crime de autolesão).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal):

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal):

Aos 26 de novembro de 2013, por volta das 19h15min, na Rua Estevão Capriata, Vila Progresso, em Campo Grande, o acusado foi surpreendido trazendo consigo para consumo pessoal 01 (um) papelote de cocaína contendo 0,5 g (cinco decigramas).

A denúncia foi rejeitada pelo magistrado singelo, que aplicou o princípio da insignificância. É contra essa decisão que se insurge o *parquet*.

Embora, hodiernamente, o princípio da bagatela seja importante instrumento de política criminal, na medida em que exclui a tipicidade daquelas condutas que não afetam de modo importante o bem jurídico tutelado pela lei penal, também é certo que não se pode generalizar na sua aplicação.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da referida excludente de tipicidade "*deve ser aferida, também, pelo grau de reprovabilidade da conduta*"[1], de modo que tal questão está umbilicalmente vinculada ao mérito da ação penal e, por óbvio, demanda o exame aprofundado de provas, expediente inviabilizado pela rejeição *in limine* da denúncia.

Ademais, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação generalizada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), o qual deve se harmonizar com o dever de proteção estatal, cuja essência reside no combate à impunidade.

Nesse ponto, vale invocar as lições expostas por Cesare Beccaria na obra-prima dos "Delitos e das Penas", o qual, ao seu tempo, já alertava que o controle da criminalidade não passa pela dureza das penas, mas pela certeza de sua aplicação, premissa que subsiste ainda mais atual.

Apregoa o iluminista:

> *"A certeza de um castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio de outro mais cruel, ligado à esperança da impunidade; pois os males ainda que mínimos, quando são certos, assustam sempre os ânimos dos homens, e a*

1 HC 161.019/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/03/2011.

esperança, dom celestial que freqüentemente é a única que permanece dentro de nós, afasta sempre a idéia dos males maiores, notadamente quando a impunidade, que a avareza e a fraqueza concedem com freqüência, aumenta a sua força." [2]

Assim, inegável reconhecer que a conduta imputada ao paciente implica em ofensa a bem jurídico penalmente tutelado pela Lei n.º 11.343/06 – saúde pública – circunstância esta que não pode ser desprezada tendo em mente apenas a quantidade da droga apreendida.

Não bastasse é certo que a conduta de trazer drogas consigo não pode ser analisada apenas pela ótica do usuário, pois, como gizado, trata-se de delito que põe em risco a saúde pública haja vista que com referida conduta o usuário sustenta todo o comércio ilícito de entorpecentes e, por via oblíqua, incentiva a prática de outros crimes com estreita ligação ao tráfico de drogas (lavagem de dinheiro, contrabando e descaminho, homicídios, porte ilegal de arma de fogo, homicídios, etc).

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS – PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem*, da norma penal incriminadora. Precedentes.*

2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.

4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso em habeas corpus não provido" [3]

"*A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância.*" [4]

Por fim, verifica-se que a peça acusatória preenche os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, afigurando-se cabível seu recebimento.

2 *Dos delitos e das penas,* São Paulo: Bushatsy, 1978, p. 213.

3 RHC n.º 35.920/DF, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/05/2014.

4 STJ, AgRg - AREsp 2014/0317728-7/MG, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14/04/2015.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para determinar o recebimento da denúncia, com o retorno dos autos à origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 06 de junho de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0006931-24.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – DECISÃO QUE LIMITOU A PERDA DOS DIAS REMIDOS E CONCEDEU O LIVRAMENTO CONDICIONAL – NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME CRIMINOLÓGICO – NÃO CONHECIMENTO – INEXISTÊNCIA DE ARGUIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PERDA DOS DIAS REMIDOS – LIMITAÇÃO EM 1/4 E SOMENTE EM RELAÇÃO AO PERÍODO QUE NÃO SOFREU ANTERIOR ABATIMENTO – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 127 DA LEP – PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – NÃO CONFIGURADA – LIVRAMENTO CONDICIONAL – MANTIDO – REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREENCHIDOS – FALTA DISCIPLINARES REMOTAS E JÁ SANCIONADAS – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO.

Não é obrigatória a decretação da perda de 1/3 sobre a totalidade do tempo remido. Ao revés, é possível ao magistrado, à luz do princípio do livre convencimento motivado, limitá-la em patamar inferior, inclusive estabelecendo-a em 1/4 e somente em relação ao período que não sofreu anterior abatimento, nos termos do artigo 127 da LEP.

Se não houve reexame de questão processual já decidida anteriormente (art. 471 do CPC c.c. art. 3º do CPP), não há falar em ofensa à preclusão *pro judicato*. Ademais, cuidando-se de matéria relacionada ao *status libertatis* da reclusa, protegido constitucionalmente e, por corolário, imune ao efeito processual preclusivo, é perfeitamente possível ao magistrado de primeira instância modificar decisão anterior proferindo outra em seu lugar juridicamente mais adequada e favorável àquela.

Se a apenada preencheu o requisito objetivo para obtenção do livramento condicional e atestado de ótimo comportamento carcerário, demonstrando evolução no processo de ressocialização, não é razoável utilizar longínquas faltas graves como fator de impedimento ao indigitado benefício. Além disso, se tais faltas foram sancionadas, não podem ser utilizadas novamente como justificativa para impedir a concessão do livramento condicional, sob pena de violar-se o princípio do *ne bis in idem* .

Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, 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 unanimidade, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe agravo irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, nos autos n. 0000030-65.2000.8.12.0021, que manteve a perda de 1/4 de período parcial dos dias remidos de Elenir de Jesus, e concedeu a esta o benefício do livramento condicional.

Alega, em resumo, que a revogação prevista no artigo 127 da LEP deve recair sobre a totalidade do período remido, não cabendo ao magistrado modular os efeitos retroativos da revogação, mas apenas dosar seu *quantum*, inclusive porque, em decisão anterior, já havia decretado a perda de 1/4 do período remido, não sendo lícito, subsequentemente, proferir nova decisão modificando a anterior para limitar tais efeitos por força da preclusão *pro judicato*. Aduz ainda que, embora a reeducanda já tenha alcançado o lapso temporal para obtenção do livramento condicional, não demonstrou comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, pois conta com 07 registros de falta grave, sendo todas evasões, e, quando de sua última fuga, em 03.07.2012, foi presa aos 26.03.2013 por crime de tráfico de drogas, de modo que a concessão do benefício ocorreu em detrimento do disposto no artigo 83, III, da LEP, e artigo 134 do RIBUP, este último exigindo prévia realização de exame criminológico.

Ao final, pediu a reforma da decisão hostilizada a fim de que: a) seja decretada a perda de 1/4 sobre o total dos dias remidos anteriores à data da falta; b) seja cassado o livramento condicional por falta de requisito subjetivo ou, subsidiariamente, seja cassado referido benefício até que a agravada seja submetida a exame criminológico.

As contrarrazões encontram-se às f. 36-38.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso e, na parte conhecida, pelo seu provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe agravo irresignado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, nos autos n. 0000030-65.2000.8.12.0021, que manteve a perda de 1/4 de período parcial dos dias remidos de Elenir de Jesus, e concedeu a esta o benefício do livramento condicional.

Alega, em resumo, que a revogação prevista no artigo 127 da LEP deve recair sobre a totalidade do período remido, não cabendo ao magistrado modular os efeitos retroativos da revogação, mas apenas dosar seu *quantum*, inclusive porque, em decisão anterior, já havia decretado a perda de 1/4 do período remido, não sendo lícito, subsequentemente, proferir nova decisão modificando a anterior para limitar tais efeitos por força da preclusão *pro judicato*. Aduz ainda que, embora a reeducanda já tenha alcançado o lapso temporal para obtenção do livramento condicional, não demonstrou comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, pois conta com 07 registros de falta grave, sendo todas evasões, e, quando de sua última fuga, em 03.07.2012, foi presa aos 26.03.2013 por crime de tráfico de drogas, de modo que a concessão do benefício ocorreu em detrimento do disposto no artigo 83, III, da LEP, e artigo 134 do RIBUP, este último exigindo prévia realização de exame criminológico.

Ao final, pediu a reforma da decisão hostilizada a fim de que: a) seja decretada a perda de 1/4 sobre o total dos dias remidos anteriores à data da falta; b) seja cassado o livramento condicional por falta de requisito subjetivo ou, subsidiariamente, seja cassado referido benefício até que a agravada seja submetida a exame criminológico.

As contrarrazões encontram-se às f. 36-38.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, na parte conhecida, pelo seu provimento.

De início, a insurgência recursal relacionada à necessidade de prévia realização de exame criminológico para concessão do livramento condicional não deve ser conhecida, pois a questão não foi suscitada pelo agravante em primeira instância. Assim, a análise do tema em diretamente por este Tribunal de Justiça implicaria indevida supressão de instância, conforme bem observado pela d. Procuradoria de Justiça.

Passo ao exame dos demais pontos controvertidos.

Relativamente à perda dos dias remidos, a decisão ora hostilizada arrima-se nos seguintes fundamentos:

> *"II – Verifica-se dos autos que perda dos dias remidos determinada à fl. 851 realmente não foi levada a efeito, o que, contudo, deve-se às peculiaridades do caso concreto, não havendo de se falar em retificação do cálculo.*
>
> *Conforme se vislumbra às fls. 854/858, todas as remições a que a reeducanda faz jus já sofreram desconto em razão de faltas disciplinares, sendo certo inexistir remições decorrente de atividade praticada entre as penúltima e última sanções que lhe foram aplicadas.*
>
> *Impor que a sanção determinada incida sobre todo o período remido, isto é, sobre remições que já foram reduzidas anteriormente, mostra-se desproporcional e irrazoável, até porque permitir tal prática seria o mesmo que aceitar que o reeducando, eventualmente, perca toda a remição a que tem direito.*
>
> *Em outras palavras, haveria "perda da perda" da remição, o que iria de encontro à sistemática precípua da execução penal, que é o cumprimento da pena em caráter progressivo, não atingindo situações anteriormente consolidadas pelo tempo.*
>
> *De qualquer feita, vislumbra-se à fl. 857 que a perda de dias remidos já vinha sendo efetivada de maneira apenas parcial, conforme a existência ou não de remições posteriores, nunca tendo havido desconto sobre a totalidade da remição declarada, o que até então não havia sido questionado pelo Ministério Público.*
>
> *A aplicação da penalidade nos moldes utilizados, em realidade, trata-se de uma questão de bom senso, com vistas a não impossibilitar àquele que, via de regra, por um longo período exerceu atividades adequadas e aptas à reintegração social, possa perder todo o direito conquistado.*
>
> *Nestes termos, inexistindo outras insurgências, homologo o cálculo de pena de fls. 854/858."*

Pois bem, reza o artigo 127 da LEP, com redação dada pela Lei nº 12.433/2011, que "*em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar"*.

Como visto, a lei estabelece um limite máximo de um terço para perda dos dias remidos, quando cometida falta grave. Contudo, o legislador não impôs um piso mínimo a ser perdido, deixando a questão ao arbítrio judicial, observadas as disposições do artigo 57 da LEP.

Por corolário, não é obrigatória a decretação da perda de 1/3 sobre a totalidade do tempo remido. Ao revés, é possível ao magistrado, à luz do princípio do livre convencimento motivado, limitá-la em patamar inferior, inclusive estabelecendo-a em 1/4 e somente em relação ao período que não sofreu anterior abatimento.

Malgrado na ótica do recorrente o juiz esteja modulando os efeitos retroativos da revogação, na minha compreensão a hipótese acaba por configurar dosagem do *quantum* da penalidade, até porque foi explicitado em primeira instância que hipótese contrária implicaria sanção desproporcional e irrazoável e iria de encontro à sistemática precípua da execução penal, que é o cumprimento da pena em caráter progressivo, valendo salientar que tal entendimento não foi infirmado pelo nobre representante do MPE.

Ademais, não procede a alegação de preclusão *pro judicato*. Isso porque não houve reexame de questão processual já decidida anteriormente (art. 471 do CPC c.c. art. 3º do CPP), porquanto na decisão ora impugnada o magistrado *a quo* apenas esclareceu os aspectos considerados pela serventia judicial para elaborar o cálculo de pena, em conformidade com o *decisum* anterior e tal como já *"vinha sendo efetivada*" em ocasiões pretéritas sem insurgência ministerial.

Mesmo que assim não fosse, não seria vedado o reexame da questão, pois a matéria relaciona-se ao *status libertatis* da reeducanda, protegido constitucionalmente e, por corolário, imune ao efeito processual preclusivo, sendo perfeitamente possível ao magistrado de primeira instância modificar decisão anterior proferindo outra em seu lugar juridicamente mais adequada e favorável àquela.

Relativamente ao livramento condicional, a decisão impugnada também não merece nenhum reparo.

É incontroverso que a agravada preencheu o requisito objetivo para obtenção do benefício em questão. Ademais, o parecer disciplinar atestou que aquela apresenta conduta carcerária classificada como "ótima" (f. 933-934 dos autos n. 0000030-65.2000).

Em seu recurso, o representante do MPE alega que o livramento condicional não poderia ser concedido porque, na sua compreensão, a agravada apresenta condições subjetivas desfavoráveis, pois "*perquirindo o seu histórico de fls. 854/858, observa-se que a recorrida tem 07 registros de falta grave, todas evasões do estabelecimento penal. Além disso, quando de sua última fuga, em 03/07/2012, foi presa em flagrante em 26/03/2013 por crime de tráfico"* (f. 04).

Sucede, entretanto, que as faltas graves mencionadas pelo recorrente são remotas, tanto que a última ocorreu há mais de três anos. Além disso, ensejaram regressão de regime prisional.

Assim, não há ensejo para reforma da decisão, pois as faltas disciplinares não podem obstar indefinidamente a concessão do livramento condicional. Ora, se a apenada apresenta atestado de ótimo comportamento carcerário, demonstrando evolução no processo de ressocialização, não é razoável utilizar longínquas faltas graves como fator de impedimento ao indigitado benefício, até porque a seguir o posicionamento adotado pelo Ministério Público Estadual a prática de falta grave passa a ser causa de impedimento invencível de um direito do sentenciado.

Afora isso, se tais faltas foram sancionadas, não podem ser utilizadas novamente como justificativa para impedir a concessão do livramento condicional, sob pena de violar-se o princípio do *ne bis in idem* (*cf.* STJ - HC 130.452/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 14/09/2009).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conhecer em parte do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Decisão em parte com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de abril de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Audiências de custódia são implementadas no TRF da 3ª Região - 30/03/2016



O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), com jurisdição nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, iniciou no último dia 15/3 a realização de audiências de custódia, em que pessoas presas em flagrante ou em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou prisão definitiva devem ser apresentadas a um juiz no prazo de 24 horas. Durante a audiência, que conta com a presença de representantes do Ministério Público e da defesa do preso ou da Defensoria Pública, o juiz avalia se o preso poderá responder ao processo em liberdade, mediante a imposição de algumas condições.

Inicialmente as audiências estão sendo realizadas apenas nas Subseções Judiciárias de São Paulo, Guarulhos (SP) e Campo Grande (MS). Segundo a Resolução Conjunta nº 2, da Presidência e da Corregedoria Regional de Justiça do TRF da 3ª Região, a expansão das audiências para as demais subseções judiciárias do interior dos dois estados começará a partir desta quarta-feira (30/3).

Segundo o coordenador da Central de Penas e Medidas Alternativas Federal (Cepema), juiz federal Alessandro Diaféria, os principais flagrantes que chegam à Justiça Federal em São Paulo estão relacionados a situações de contrabando, descaminho, tráfico de drogas, uso de moeda falsa, roubos e furtos contra a Caixa Econômica Federal ou outras empresas públicas federais.

Diferentemente do que ocorre na Justiça Estadual, onde muitas vezes o tribunal cria uma estrutura apenas para receber as audiências de custódia, no TRF3 as audiências estão sendo realizadas nas próprias varas da Justiça Federal e são feitas após a distribuição do processo, pelo mesmo juiz que julgará o caso.

De acordo com o juiz Diaféria, o TRF3 criou um grupo de trabalho com representantes de todos os órgãos envolvidos nas audiências de custódia para discutir o papel de cada instituição nessas audiências. Uma das principais questões a serem discutidas diz respeito ao transporte dos presos até os fóruns da Justiça Federal.

Outro desafio é o cumprimento do prazo de 24 horas previsto para a realização das audiências. Autoridades policiais alegam ser impossível atender todas as audiências, em virtude do número restrito de

agentes e viaturas para a escolta dos presos. A ideia é que o grupo busque uma solução conjunta que torne possível a realização das audiências no prazo estabelecido.

Por enquanto, as audiências estão sendo realizadas apenas em dias de expediente forense. Já as audiências de pessoas presas durante finais de semana e feriados são realizadas no primeiro dia útil após a prisão, segundo determina a Resolução Conjunta do TRF da 3ª Região.

Estrangeiros – Por possuir jurisdição sobre a região onde fica o aeroporto internacional de Guarulhos, um dos mais movimentados do país, o grupo do TRF3 também deverá discutir formas de tornar possível a realização de audiências com presos estrangeiros que não falem português e que precisam ser assistidos por intérpretes. Em média, 30 prisões são realizadas por mês no aeroporto, a grande maioria relacionada ao tráfico de drogas e com o envolvimento de estrangeiros. "Apesar destas dificuldades, as audiências estão sendo feitas", afirma o magistrado.

Tatiane Freire - Agência CNJ de Notícias

Audiência de custódia para adolescentes já está em vigor em MS - 05/04/2016



Está em vigor no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, desde o mês de março deste ano, a realização de audiências de custódia para adolescentes por meio da publicação do Provimento nº 360 do TJMS que disciplina a realização destas audiências no Estado. Até então, as audiências de custódia eram realizadas exclusivamente para adultos.

A prática das audiências de custódia no país foi recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja implantação em MS se deu em outubro do ano passado. No entanto, a norma estadual disciplinou o tema somente em relação aos adultos, o que, aliás, está sendo feito de maneira geral em todos os demais Estados.

Assim, por meio da iniciativa pioneira do juiz da Infância e Juventude de Campo Grande, Mauro Nering Karloh, buscou-se tão somente estender a prática para os adolescentes, visto que, tanto a legislação nacional quanto a internacional que tratam da delinquência juvenil estabelecem que o adolescente infrator não deve receber um tratamento mais severo do que aquele dispensado ao adulto criminoso.

Logo, se maiores de 18 anos são levados à presença de um juiz no prazo de 24 horas depois da prisão, para verificar a legalidade do ato e se houve algum ato abusivo das autoridades policiais, tal medida começou a vigorar também para os adolescentes apreendidos em flagrante.

O fundamental da realização desta audiência prévia, explica o juiz da Infância, é "coibir abusos das autoridades policiais, além de verificar a legalidade das prisões de forma rápida e precisa. O intuito, portanto, não é colocar em liberdade", destaca o magistrado.

É o que tem se verificado na Comarca de Campo Grande, onde os números iniciais das primeiras semanas de funcionamento das audiências de custódia para adolescentes confirmam esta constatação do juiz, na qual a maioria das apreensões de menores está sendo mantida. Dados do relatório de março apontam

que foram realizadas 16 audiências de custódia de 8 a 29 de março na capital, das quais todas as apreensões deste período foram convertidas em preventivas, o que atinge o índice de 100%.

A porcentagem alta de manutenção das prisões é verificada também no relatório de acompanhamento das audiências de custódia para adultos em Campo Grande, o qual aponta que das 184 audiências realizadas no mês de março, 72,8% das prisões em flagrante foram convertidas em prisões preventivas. Este índice foi de 58,9% em fevereiro, quando foram realizadas 248 audiências de custódia e ainda de 72,6% em janeiro, mês em que aconteceram 175 audiências de custódia na Capital.

Outros três Estados do país já demonstraram interesse pelo formato de aplicação de audiências de custódia também para adolescentes do TJMS e buscaram informações acerca da regulamentação estadual a fim de implantar algo semelhante em seus Tribunais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Paz em Casa: Tribunal de Justiça celebra convênio com universidades - 07/04/2016



Na manhã desta quinta-feira (7), o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, recebeu representantes de universidades para a celebração do convênio de estágio para acadêmicos de graduação em Direito, Psicologia e Serviço Social para atuarem junto às varas competentes para processo e julgamento de causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Firmaram o convênio o Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande, a Faculdade Estácio de Sá, a Faculdade Unigran, a Universidade Anhanguera (Uniderp) a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

"O convênio é apenas um primeiro passo para um projeto que tem tudo para ser grandioso", ressaltou o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós. Os juízes Simone Nakamatsu, José Carlos de Paula Coelho e Souza e Jacqueline Machado, titulares da 1ª, 2ª e 3ª Varas da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Campo Grande, respectivamente, também participaram da reunião e destacaram a importância deste convênio que auxiliará no enfrentamento da violência contra a mulher.

Busca-se com o convênio proporcionar aos acadêmicos o desenvolvimento de atividades práticas em sua área de formação e dar mais celeridade às atividades das varas especializadas, auxiliando no atendimento às mulheres vítimas de violência a fim de aprimorar a prestação de tutela jurisdicional. O convênio firmado trata-se também de um compromisso público constante no Protocolo de Compromisso, do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras (CRUB) com a Campanha Nacional Justiça pela Paz em Casa.

Paz em Casa – Idealizada pela Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), a campanha tem por finalidade agilizar a resolução de processos criminais em que mulheres sejam vítimas ou parte interessada, como também conclama a mobilização de toda sociedade brasileira no sentido de abolir qualquer forma de violência contra a mulher, seja ela física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial.

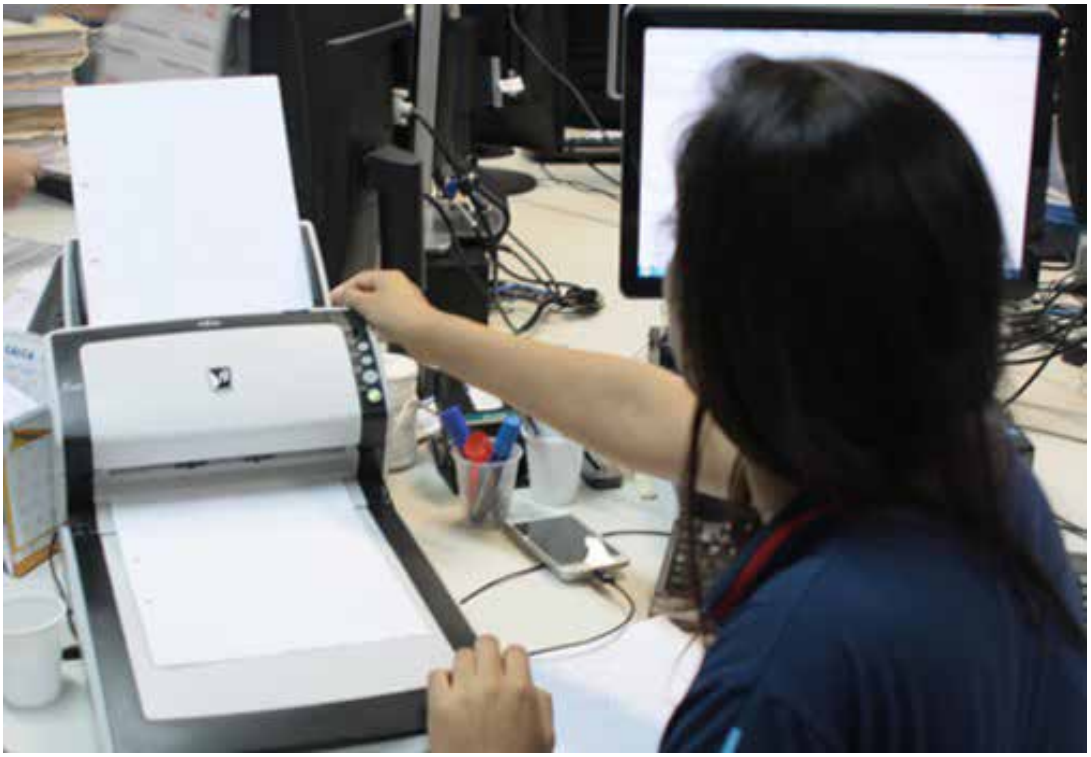
No período de 7 a 11 de março foi realizada a quarta edição da campanha Justiça pela Paz em Casa, a primeira no ano de 2016. Em Mato Grosso do Sul foram pelo menos 9.556 pessoas que participaram de palestras, além da primeira Caminhada pela Paz em Casa, que levou cerca de 1.000 pessoas para caminharem pelas ruas do centro de Campo Grande em prol da Mulher. Durante a mobilização, também foram realizadas 1.293 movimentações processuais, entre audiências, sentenças, medidas protetivas, entre outras. Os dados são do relatório da 4ª Edição da Campanha Justiça pela Paz em Casa.

O vice-presidente do Tribunal de Justiça e coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, Des Paschoal Carmello Leandro, acompanhou de perto toda a mobilização e acredita que a campanha está contribuindo com a mudança de postura do homem e promovendo a cultura da paz.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

8ª Vara Cível de Campo Grande zera estoque de processos físicos



A digitalização dos processos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul trouxe uma grande evolução tecnológica para a área, no entanto, mesmo que hoje todas as varas do Estado sejam digitalizadas, ainda há um resquício daqueles processos antigos que tramitavam fisicamente antes da mudança. No Fórum de Campo Grande, a 8ª Vara Cível registrou na tarde desta quinta-feira (7) o marco zero, ou seja, não há mais processos físicos remanescentes. É a primeira vara residual de Campo Grande a ter todos os feitos digitalizados.

Para celebrar o momento, um ato simbólico com a presença do juiz titular da Vara, Ariovaldo Nantes Correa, e do juiz diretor do Foro, Aluízio Pereira dos Santos, reuniu servidores do cartório e do Núcleo de Digitalização do Fórum que tem a atribuição de auxiliar as varas nesta tarefa de digitalizar os processos que ainda são físicos.

O juiz titular da 8ª Vara parabenizou toda a equipe envolvida e ressaltou que a digitalização de processos das varas cíveis residuais não é uma tarefa fácil, pois se tratam de feitos muito volumosos. Além disso, é preciso categorizar todas as peças processuais e documentos anexos que estão no papel para o sistema digital.

Para zerar o quantitativo de 753 processos físicos que tramitavam na vara foi necessário um ano de trabalho. Segundo a servidora responsável pelo Núcleo de Digitalização, Wilma Oliveira de Assis, "ao todo, foram 259.763 páginas digitalizadas, e a expectativa é de que ainda neste ano outras três varas cíveis e uma criminal, do total de nove varas que estão sendo digitalizadas pelo setor, zerem o número de processos físicos".

O juiz diretor do Foro mencionou que, de sua resistência inicial em trabalhar com os processos digitais, hoje ele tem resistência é com feitos físicos, diante da facilidade e rapidez que tudo ocorre no meio digital. O magistrado lembrou ainda que quem "ganha com tudo isso é o jurisdicionado que passa a contar com um andamento mais célere de suas ações".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Seção de Uniformização debate sobre a inaplicabilidade da contagem de prazos do NCPC no Sistema dos Juizados Especiais de MS - 12/04/2016

Em sessão realizada no dia 1º de abril, no Plenário Cível do TJMS, os juízes membros das Turmas Recursais realizaram a primeira sessão ordinária do ano da Seção Especial e de Uniformização da Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que, além de tratar assuntos administrativos, debateu sobre a aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil (CPC) nos processos em trâmite nos Juizados Especiais.

Os juízes participantes, seguindo a orientação do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, presidido pelo Des. Marco André Nogueira Hanson, por maioria, adotaram as premissas estabelecidas na Nota Técnica 01/2016 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) e fixaram o entendimento de que o NCPC não é aplicável no Sistema dos Juizados Especiais no que se refere a contagem de prazos em dias úteis.

Os magistrados ainda concluíram que a novel legislação em algumas disposições mostra-se incompatível com a Lei n 9.009/95, em especial, com o princípio da celeridade, que rege o Sistema.

Também foi definido que os magistrados precisam continuar a fazer a verificação primária das condições de admissibilidade recursal, diferentemente do que preceitua o Novo CPC, justamente por ser mais célere.

Outrossim, ante necessidade de se firmar as premissas acerca da compatibilidade entre no NCPC e a Lei de Regência dos Juizados Especiais, os magistrados consideraram de grande relevância a participação dos magistrados dos Juizados de MS no próximo Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), que acontecerá no período de 8 a 10 de junho, em Maceió, já que na ocasião serão discutidos assuntos relacionados à aplicabilidade da novel legislação nas Câmaras Cível, Criminal, Fazenda Pública, Administrativa e Turmas Recursais, cujas proposições, colhidas por Estado, serão votadas em plenário e, as conclusões extraídas do Fórum, refletirão na sistemática dos Juizados Especiais em âmbito nacional.

Saiba mais – A Seção Especial e de Uniformização da Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais foi presidida pelo juiz Vítor Luis de Oliveira Guibo, e contou com a presença dos juízes Denize de Barros Dodero Rodrigues, Cesar Castilho Marques, Olivar Augusto Roberti Coneglian, Daniel Della Mea Ribeiro, Aldo Ferreira da Silva Júnior e Francisco Vieira de Andrade Neto.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

III Congresso de Direito Processual Civil de MS reúne comunidade jurídica - 18/04/2016



Quase um mês após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/15, mais conhecida como o novo Código de Processo Civil (CPC), operadores do Direito sul-mato-grossenses estiveram reunidos em Campo Grande para debater a novel norma, no III Congresso de Direito Processual Civil de MS. O evento atraiu aproximadamente 700 pessoas, dentre elas juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça, para ouvir renomados palestrantes e doutrinadores processualistas, nos dias 15 e 16 de abril, no Dimond Hall.

Segundo o coordenador geral do Congresso, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor-geral da Escola Judicial de MS (Ejud-MS), este evento é mais uma demonstração do investimento em conhecimento que o TJMS e a Escola Judicial têm feito.

"Nós nos sentimos muito honrados em fazer este que é o evento do ano. No ano passado, nós fizemos o segundo congresso, que estava em plena vacatio legis, e agora, então, temos a oportunidade de nos reunirmos para que cerca de 700 operadores do Direito tomem ciência, tomem conhecimento do que mais moderno há de doutrina deste novo Código, que faz menos de 30 dias que começou a funcionar", pontuou o Des. Júlio Siqueira.

Já o coordenador científico do Congresso, o advogado Luiz Henrique Volpe Camargo, diretor da Escola de Direito Processual Civil (Edpc) e um dos autores do texto de elaboração do novo Código de Processo Civil, disse ser emblemático este encontro.

"Na minha opinião, este é um evento histórico porque o Novo Código de Processo Civil veio substituir uma norma que estava em vigor há 40 anos. O novo Código impacta em 100 milhões de processos que tramitam na Justiça brasileira e toda a Justiça sul-mato-grossense também será impactada

pelo novo Código. Então é oportuno, é adequado, é no tempo certo nós realizamos uma reunião da Advocacia, Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário, que estão de mãos dadas para extrair tudo deste novo Código".

O Congresso teve 20 painéis com palestras e debates. O primeiro dia do encontro, sexta-feira (15), começou coma a palestra do professor Cássio Scarpinella Bueno, que abordou as "Linhas Gerais do Novo Procedimento Comum". Também, neste dia, foram abordados temas como "O Impacto do Novo CPC nos Juizados Especiais", com o juiz de Direito Maurício Cunha (TJMG), "A Decisão de Saneamento e Organização do Processo no Novo CPC", com o Des. Alexandre Freitas Câmara (TJRJ), o "Direito Probatório no Novo CPC", com William Santos Ferreira, dentre outros temas.

No sábado (16), último dia do Congresso, alguns dos temas tratados foram: "Resposta do Réu no Novo CPC", com o professor Antônio Carlos Marcato, "Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo CPC", com Fredie Didier Jr., "A Força da Jurisprudência no Novo CPC", com a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, e, ao final, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Sérgio Luíz Kukina e Nancy Andrighi que falaram sobre o "Impacto do Novo CPC na Atividade do STJ".

O Congresso também promoveu uma homenagem aos professores e doutrinadores Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, pela brilhante obra e doutrina construídas na seara processual civil. A professora Teresa Arruda Alvim agradeceu a homenagem e parabenizou a organização do evento, ressaltando o privilégio de poder acompanhar também da plateia a explanação dos mais renomados juristas do país. Em seu agradecimento, o professor Arruda Alvim destacou: "Foi o Congresso mais bem acabado ou um dos melhores de que participei. A organização do evento está de parabéns. Muito obrigado".

O III Congresso de Direito Processual Civil foi realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio de sua Escola Judicial, em parceria com a Escola de Direito Processual Civil (Edpc), com apoio de instituições públicas e privadas, e promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, buscando oportunizar aos participantes um ambiente de discussão e aprendizagem a respeito das novas alterações legislativas no ordenamento jurídico trazidas pela entrada em vigor do Novo CPC.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Padaria é construída com R$ 175 mil de penas alternativas - 18/04/2016



Mais uma iniciativa de Justiça Social, promovida pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, dá esperança de nova vida a dependentes químicos. Com a destinação de R$ 175 mil, a Fazenda da Esperança pode construir sua padaria.

Os recursos são oriundos de penas pecuniárias de pequenos delitos. O evento para entrega da padaria contou com a participação do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, representando o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, além do juiz da 2ª Vara de Execução Penal (2ª VEP), Albino Coimbra Neto, e do juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, David de Oliveira Gomes Filho.

Com os recursos recebidos foi possível construir a Padaria da Esperança. No local, mulheres que estão em tratamento da dependência de drogas, cigarro e bebida apreendem uma nova profissão e geram renda. Toda essa atividade promove a ressocialização e ajuda na manutenção dos gastos da entidade, que não recebe recursos públicos para manter suas atividades.

"Eu diria que é uma obrigação moral nossa, como ocupante de cargo do Poder Judiciário, de ajudar uma entidade como essa, que trabalha com uma das maiores mazelas do ser humano que é a dependência química", disse o juiz Albino, idealizador do programa pioneiro no país, que destina recursos de penas alternativas de forma racional, beneficiando projetos cadastrados na Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), ligada a 2ª VEP, em vez de pulverizar pequenos valores para diversas entidades.

Algumas mulheres, que passaram pelo tratamento na Fazenda da Esperança, deram seus depoimentos de transforação pessoal. Dois apenados, que fizeram sua ressocialização na entidade e continuam trabalhando ali, também contaram suas histórias.

M. A. da S. foi condenada pelo furto de um celular e M. dos R. M. foi preso por tráfico. Eles chegaram na Fazenda da Esperança para cumprir suas penas, mas encontraram naquele local bucólico o

motivo para reconstruir suas vidas. M. A. da S. é voluntária, M. dos R. M. ajudou a construir os prédios da Fazenda da Esperança e hoje é o eletricista da entidade.

Emocionado, o Des. Julizar disse que os depoimentos mostram a capacidade de recuperação do ser humano. "Nós nunca podemos esquecer que, por melhor ou pior que seja a posição de uma pessoa, todos somos seres humanos. A pessoa pode errar, vem o castigo e a tentativa de recuperação, mas por meio de projetos como o da Fazenda da Esperança, estamos restituindo a dignidade para o ser humano. Por isto o Judiciário de MS acredita neste projeto", disse o Corregedor.

A Fazenda da Esperança é um programa da Igreja Católica com 33 unidades no Brasil e está presente em 15 países. Os dependentes químicos são tratados sem medicações, valendo-se no trinômio Convivência, Espiritualidade e Trabalho.

Mauro Antônio Zaions, presidente da Fazenda da Esperança, unidade de Campo Grande, disse que a Padaria da Esperança será a oportunidade para as mulheres atendidas poderem trabalhar e gerar renda.

"Essas meninas ficam um ano em recuperação para sair do vício do álcool, da droga e do cigarro. Elas são muito marginalizadas e quando chegam aqui entram em choque com um mundo totalmente diferente do que viviam antes. O interessante é que o dinheiro que vem de uma pena por um crime ou até dá própria droga, vem para salvar vidas".

O objetivo de Mauro Zoions é levar os produtos da Padaria da Esperança para serem vendidos em redes de supermercado, em órgãos públicos, além da possibilidade de receber encomendas.

Ao final, o arcebispo metropolitano de Campo Grande, Dom Dimas Lara Barbosa, fez uma prece e abençoou o novo empreendimento.

Saiba mais - A prática adotada pela 2ª VEP de Campo Grande serviu de exemplo para a Resolução nº 154/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária.

Desde 2010, foram direcionados pela Central de Execução de Penas Alternativas de MS mais de R$ 3 milhões relativos à prestação das penas pecuniárias para o desenvolvimento de vários projetos, como o da Fazenda da Esperança que já recebeu recursos e construiu casas para dar seguimentos a seu trabalho de ressocialização.









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça segue na batalha contra o mosquito - 18/04/2016



A guerra contra a dengue continua e essa é uma batalha que não pode ser esquecida nem deixada de lado. Embora não esteja mais sendo divulgada tão amplamente pela mídia, a dengue ainda é um problema grave e que precisa de muita atenção.

E para tornar essa batalha mais eficaz, o Executivo estadual, por meio do Decreto nº 14.370, de 7 de janeiro de 2016, criou o Comitê Estadual de Combate ao Vetor Aedes Aegypti que tem como integrante o vice-presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro. O comitê visa auxiliar e propor políticas públicas de combate e controle do mosquito Aedes aegypti. "Temos que nos unir ao Executivo nessa luta, pois essa união faz a força", destacou o desembargador.

Desde o início de 2016 o Tribunal de Justiça vem fazendo várias ações para conscientizar a todos da importância de de vencer essa guerra como, por exemplo, orientação para os servidores eliminarem os vetores em casa e no local de trabalho, distribuição de mudas que espantam o mosquito e palestra que orientou magistrados e servidores sobre as doenças transmitidas pelo vetor Aedes Aegypti: dengue, Chikungunya e Zika.

Uma da mais louváveis ações que o TJMS vem tomando para preservar o bem comum e a saúde da população é autorizar entrada em imóveis fechados quando os proprietários não facilitam a entrada dos agentes de saúde, para fazer a erradicação dos focos do mosquito.

O Comitê Estadual de Combate ao Vetor Aedes Aegypti também vem buscando conscientizar mais a população e criou os colaboradores voluntários de combate ao vetor. O Tribunal de Justiça já tem seu Colaborador Voluntário, o coordenador de serviços gerais Ewerton da Silva Marques.

Ewerton relata que sempre houve uma preocupação com o Aedes Aegypti e, desde que o Poder Judiciário aderiu ao Plano Estadual de Combate ao Mosquito, as ações se intensificaram, pois os servidores estão mais conscientes e informando locais de possíveis focos na área do Tribunal. E os trabalhadores da limpeza e jardinagem também fazem esta varredura.

Um fato interessante: a mata ao redor do TJMS também é monitorada. "Esta vegetação também é uma preocupação nossa, porque as pessoas jogam copos, garrafas e todo tipo de lixo. Então a equipe de jardinagem e limpeza está sempre de olho nos possíveis focos do mosquito e elimina imediatamente", conta Ewerton.

Junte-se ao Pode Judiciário de MS nessa luta contra o mosquito. Não deixe água parada em casa. Verifique com frequência o quintal e mantenha tudo limpo. No trabalho, se houver algum foco do mosquito, elimine ou chame o pessoal responsável pela limpeza.

Denúncias – A população também conta com mais uma arma na luta contra o mosquito. A Defensoria Pública do Estado disponibilizou o número 129 que recebe denúncias de imóveis ou terrenos que estão com focos do mosquito Aedes aegypti. Denuncie! A sua vida e da sua família pode estar em risco.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS participam de Encontro Ítalo-Brasileiro em Brasília - 27/04/2016



Os juízes Marcelo Ivo de Oliveira, da 7ª Vara Criminal, e Márcio Alexandre Wust, da 6ª Vara Criminal, ambos da Capital, estão em Brasília nesta quarta-feira (27) para participar do Encontro Ítalo-Brasileiro: Operação Mãos Limpas e Combate à Corrupção, representando o Tribunal de Justiça de MS.

Realizado no auditório externo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o evento visa permitir aos participantes a obtenção do conhecimento e discussão de temas relevantes e atuais de interesse dos ordenamentos jurídicos Italiano e brasileiro, em caráter comparado, resultando na atualização e melhor qualificação dos profissionais e estudantes de Direito, na medida em que se realiza uma ampliação em seus respectivos universos cognitivos.

De acordo com Marcelo Ivo, o encontro aborda o combate à corrupção, considerando as experiências da Itália na Operação Mãos Limpas e do Brasil na Operação Lava Jato, em um intercâmbio de experiências e soluções fornecidas pelas justiças dos dois países para problemas que, por vezes, são semelhantes.

"Há vários pontos em comum entre as operações nos dois países que repercute sobre personagens influentes do mundo político e econômico do Brasil e da Itália. O processo de corrupção, revelado na Operação Mãos Limpas, na Itália, guarda semelhança com o que está sendo revelado pela Operação Lava Jato, no Brasil", explicou.

Questionado se está gostando de evento, ele garantiu que sim, pois contribui para sua atuação na 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos onde substitui e existem vários casos de corrupção e improbidade administrativa.

Confirmando a qualidade do evento, Márcio Wust ressaltou que foram apresentadas questões teóricas e soluções práticas a serem utilizadas no dia a dia do trabalho.

Na conferência de abertura, o diretor da Escola Superior de Estudos Jurídicos da Universidade de Bolonha, Luca Mezzetti, falou sobre a Operação Mãos Limpas - Combate à Corrupção na Itália e recebeu apoio do ministro Rogério Schietti Cruz (STJ) e do jornalista Diego Escosteguy, editor-chefe da Revista Época, como debatedores.

No início da tarde, Giovanni Luchetti, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha, abordou o tema A participação das faculdades de direito na formação dos magistrados – a experiência da Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha. Foram debatedores o Des. Roberto Portugal Bacellar (TJPR) e o juiz federal João Batista Lazzari (SC).

A última conferência foi responsabilidade também do professor Giovanni Luchetti, que destacou Os Fundamentos do Direito Europeu Contemporâneo. Atuaram como debatedores o ministro Villas Bôas Cueva (STJ) e o juiz federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (CE).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ouvidoria soluciona 75% dos pedidos na gestão do Des. Marcos Brito - 28/04/2016



Desde que assumiu a função de Ouvidor Judiciário no dia 16 de outubro de 2015, o Des. Marcos José de Brito Rodrigues tem se destacado pelo número de pedidos e reclamações solucionados e pela forma como tem atuado para resolver as solicitações dos cidadãos que tem processo em trâmite no Judiciário estadual. No período em que está à frente da Ouvidoria, 75% das reclamações formalizadas foram solucionadas e arquivadas.

Com quase três décadas de magistratura, o Des. Marcos Brito diz ter a experiência necessária para garantir que a população tenha o direito à razoável duração do processo e à ampla defesa resguardados na procura dos serviços do Poder Judiciário.

"A Ouvidoria Judiciária do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é, realmente, um órgão democrático que faz com que as demandas dos jurisdicionados aprimorem o próprio sistema Judiciário. Por isso é importante que o cidadão utilize este canal para que a Justiça seja cada vez melhor e mais eficiente para os jurisdicionados".

De outubro de 2015 a março deste ano, a Ouvidoria Judiciária solucionou e arquivou 812 reclamações das 1.011 que tramitavam, entre em andamento e novos pedidos. Com isto, foi apurado 75% de efetividade nas demandas dos jurisdicionados.

A Ouvidoria Judiciária do TJMS recebe pedidos pelos telefones 0800-647-6161, 3314-1314 e 3317-3549, e também pelo atendimento pessoal realizado no Tribunal de Justiça, localizado no Parque dos Poderes, Bloco 13, e no Fórum de Campo Grande, na rua da Paz, nº 14.

Além do contato telefônico e pessoal, na página da ouvidoria no Portal do TJMS na internet (http://www.tjms.jus.br/institucional/ouvidoria.php) o cidadão pode preencher um formulário eletrônico que será

respondido por e-mail. Este é um dos canais que mais recebe os pedidos da população, pela facilidade e agilidade. Somente no período de atuação do Des. Marcos Brito foram 1.126 orientações e encaminhamentos feitos por e-mail.

Outro meio de apurar e tomar providências são os encaminhamentos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No período de apuração foram solucionados 77 casos dos 78 encaminhados pelo CNJ ao Tribunal de Justiça.

Segundo o Ouvidor, a ampliação das formas de acesso à Ouvidoria garantem que o Judiciário sul-mato-grossense desponte como um dos mais eficientes do Brasil. "Neste momento do país, em que o Poder Judiciário tem papel de protagonismo nas demandas da sociedade, é fundamental que o cidadão possa contar com um canal em que possa sugerir e reclamar. E a pronta resposta às demandas é o nosso papel". Em situações mais sérias que precisam de maiores explicações na resposta da demanda, como nos casos de família, o desembargador Marcos Brito liga para as partes e explica o andamento e a solução da solicitação.

Ouvidoria – Com base na Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, a Ouvidoria Judiciária é responsável pela análise e protocolo de requerimentos, e foi criada como um canal de comunicação entre o cidadão e o Poder Judiciário. O órgão é um instrumento de aproximação, de participação e, principalmente, de atendimento e de orientação ao público em geral.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

5º Cejusc da Capital resolverá litígios entre empresas e consumidores - 29/04/2016 -



Em tempos de crise financeira no país, a população de Campo Grande tem, a partir de hoje (29), mais uma oportunidade de solucionar problemas com dívidas no comércio. O Poder Judiciário de MS, em parceria com a Associação Comercial e Industrial de Campo Grande (ACICG), inaugurou o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), que funcionará dentro da Associação Comercial. Este é o 5º Cejusc da Capital, que realiza acordos através dos métodos autocompositivos da conciliação e da mediação.

A inauguração do Cejusc/ACICG contou com a participação do presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, dos coordenadores da Conciliação e Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Romero Osme Dias Lopes, do Des. Nélio Stábile, do presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MS), Des. Nery Sá Silva de Azambuja, além de autoridades locais.

O presidente do TJMS contou que pretende expandir os Cejuscs na Capital e em todas as comarcas do Estado, pois, segundo ele, com a legislação fomentando métodos autocompositivos, a sociedade e os operadores do direito estão preparados para mudar a cultura da judicialização e da busca pela sentença, em que apenas uma parte ganha.

"A conciliação e a mediação vêm sendo implementada aos poucos. Primeiro como proposta alternativa, depois como sugestão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e agora se tornou obrigatória com o novo CPC. É uma mentalidade nova de se buscar um acordo, antes da judicialização do procedimento. Para se ter uma ideia, pode-se usar a mediação, método mais profundo para resolver um problema de família, sem que um juiz tenha que dizer o que é melhor para o casal e para seu filho", disse o Des. João Maria Lós.

O Des. Vladimir Abreu da Silva, responsável pela conciliação do Nupemec, acredita que os métodos de autocomposição são uma nova filosofia e uma opção política feita pelo legislador. "Este Cejusc representa a possibilidade de autocomposição e solução alternativa de litígios entre comerciantes e consumidores ou entre os próprios empresários".

Vladimir Abreu lembrou da situação de crise econômica do país em que os consumidores estão endividados e os empresários sem capital para tocar seus negócios. "É de suma importância este Cejusc, pois, no momento de crise econômica que vivemos, as partes podem fazer concessões mútuas: o empresário quer receber o crédito e o consumidor irá encontrar a forma melhor de honrar com a dívida, sem comprometer a própria subsistência".

A irreversibilidade desta cultura conciliatória obrigará os profissionais do Direito a praticar as técnicas autocompositivas em benefício do sistema jurídico, isto é o que pensa o Des. Romero Osme Dias Lopes, responsável pela Mediação. As recentes legislações obrigarão os operadores do Direito buscar o meio mais amigável de solucionar os litígios.

"As mudanças foram absolutas. A partir de agora todas as ações em que os direitos possam ser transacionados são precedidas da audiência de conciliação e mediação. Portanto, o juiz é obrigado a marcar audiência conciliatória, mesmo que o autor da ação diga que não quer transacionar. O novo CPC e a Lei da Mediação (Lei nº 13.114/15) trazem normas que farão com que todos os operadores do direito busquem um acordo".

O Cejusc da Associação Comercial funcionará na sede da entidade, na rua XV de novembro, nº 390, em frente a praça Ary Coelho. Segundo o presidente da ACICG, João Carlos Polidoro da Silva, o centro solucionará predominantemente causas consumeristas, mas pode receber demandas sobre outros assuntos.

"O foco é o lado da relação de consumo, mas podemos receber outros tipos de litígios vindos da sociedade. Temos equipe própria e os servidores do Tribunal, que são altamente capacitados para nos ajudar a solucionar estes conflitos".

Polidoro diz que o Centro de Solução de conflitos será vantajoso para todas as partes. "É uma mudança de cultura, pois é muito mais vantajoso resolver na conversa e é isso que buscamos mudar: a cultura da briga, a cultura do embate".

Além dos outros quatro Centros de Solução de Conflitos já existentes em Campo Grande, no TJMS e em parceria com universidades e com a Defensoria Pública, as comarcas de Corumbá, Naviraí, Dourados, Três Lagoas e Ponta Porã já tem seus Cejuscs próprios.

O objetivo do Judiciário estadual é expandir o serviço para todas as comarcas do Estado, contemplando o que estabelece a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Métodos autocompositivos – A autocomposição acontece quando duas partes em conflito, seja por uma dívida ou por alguma questão de direito de família, por exemplo, chegam a um acordo, sem a necessidade de que um terceiro, como um juiz ou um colegiado de desembargadores, decida em favor de uma das partes.

Dependendo do tipo de conflito existente e das partes envolvidas, pode ser usada a conciliação ou a mediação. A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios que visam reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Entende-se por mediação o método que atuará em conflitos em que haja múltiplos vínculos ou com conflitos subjetivos, ou ainda, em que a ligação entre as partes conflitantes será permanente.

A conciliação é a fórmula preferida para resolver questões mais simples, em que as partes não, necessariamente, tem algum vínculo permanente, ou ainda que o problema não será constante. Como no caso de uma batida entre carros, no trânsito. Nestes casos, um conciliador orienta as partes ajudando para que elas próprias cheguem a um acordo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Vilson Bertelli conclui doutorado pela Universidade de São Paulo - 06/05/2016



Esta semana, o Des. Vilson Bertelli defendeu tese de doutorado, na Universidade de São Paulo (USP), e foi aprovado com louvor. Ainda comemorando a vitória alcançada, ele contou que em todo o percurso o período mais difícil foram os dois anos e meio em que teve que frequentar as aulas.

"Os conhecimentos adquiridos durante o mestrado serão um divisor de águas na carreira e na função de distribuir justiça. Muito importante para a melhor compreensão da matéria. O exercício das atividades na judicatura será muito melhor. Acrescentou muito, não há como negar", ressaltou.

Vilson Bertelli é o quarto magistrado a ter o título acadêmico, mas o terceiro se considerados os magistrados na ativa. Já têm o título o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o juiz aposentado José Gomes da Silva, a juíza Luíza Vieira Sá de Figueiredo e o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Bertelli fez questão de reconhecer o trabalho realizado pela equipe do Departamento de Pesquisa e Documentação do Tribunal de Justiça de MS. "Na pessoa da diretora, Maria Alice C. da Costa, quero estender meus agradecimentos a todos que atuam naquele departamento, cujo auxílio foi essencial para o desenvolvimento da minha tese. E naturalmente aos desembargadores do Tribunal Pleno, que permitiram meu afastamento nos meses em que preparei a tese para defesa".

Compuseram a banca avaliadora o desembargador do TJSP José Roberto dos Santos Bedaque (professor titular da USP), José Rogério Cruz e Tucci (professor titular e diretor da Faculdade de Direito da USP), Susana Henriques da Costa (promotora no MP de SP e professora convidada em cursos de especialização de diversas instituições de ensino jurídico), Eduardo Talamine (professor titular do curso de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da USP) e Giovanni Bonato (advogado e professor visitante de Processo Civil na Faculdade de Direito da USP).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário implementará técnica da Constelação Familiar em MS - 11/05/2016



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude, celebrará na quinta-feira (12), às 10 horas, no Salão Pantanal do TJMS, a assinatura do Convênio entre o Poder Judiciário e os especialistas Dra. Olga Simone Almeida de Paulo Lima, do Instituto de Atendimento Psicológico (IAP), e Dr. Amilton Plácido da Rosa, que irão atender as pessoas encaminhadas pelo Poder Judiciário para atendimento em Constelação Familiar.

A metodologia será usada de forma inovadora nos casos de abusos de crianças e adolescentes, além de propor tratamento para os supostos agressores.

Participarão da assinatura do convênio o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, o coordenador da Infância e Juventude, Des. Eduardo Machado Rocha, juízes que militam na área, promotores de justiça e defensores públicos.

Pela proposta, crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de abuso e crimes, receberão atendimento em decorrência dos traumas vivenciados. A técnica da Constelação Familiar busca uma abordagem sistêmica ao reconstruir a árvore genealógica de cada indivíduo, para que se possa analisar se os problemas atuais são frutos ou reprodução de problemas ou situações transgeracionais.

A técnica é um método científico, criado pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, amplamente usado no mundo para o resgate da dignidade, imagem corporal, autoestima, afetividade, relações de gênero e interpessoais, não se tratando, portanto, de abordagem religiosa ou mística.

A previsão é que as dinâmicas sejam realizadas de forma individual ou em grupos, com as vítimas e familiares, conduzidos por profissionais especializados em cada abordagem.

A técnica também será utilizada nos casos de adolescente em conflito com a lei, que participarão de dinâmicas junto com seus familiares, revelando sensações e sentimentos profundos, desvendando imagens internalizadas nos bloqueios do fluxo amoroso que possam ter ocorrido nesta ou em gerações anteriores, de forma a serem vistos e removidos.

O trabalho com Constelação Familiar é amplo e poderá ser utilizado em MS em diversos ramos do Judiciário, tais como: crimes contra a criança e o adolescente (7ª Vara Criminal), tribunal do júri, varas de família, vara de violência contra a mulher, vara da infância e juventude (medidas de proteção), adolescentes em conflito com a lei (medidas socioeducativas). O convênio ainda prevê a capacitação de multiplicadores para que o projeto possa se estender para as demais comarcas do Estado.

Saiba mais – O método psicoterapêutico de abordagem sistêmica foi desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger e tem como foco o sistema familiar, pois a família, desde a primeira geração, é uma espécie de rede em que todos os integrantes estão conectados, mesmo que não se conheçam ou tenham vivido na mesma época.

Assim, questões mal resolvidas em uma família podem conduzir seus integrantes – mesmo aqueles que não têm ou tiveram nada a ver com o problema – a um redemoinho de dor, sofrimento, tristeza e até solidão.

Desse modo, membros posteriores acabam repetindo comportamento e destinos difíceis de membros anteriores, e, se o agressor for excluído, o sistema não estará em paz e equilíbrio, pois, conforme explica Bert Hellinger, se o agressor não for parte da família, passa, conforme o grau da agressão, a fazer parte do sistema da vítima.

Neste contexto, a terapia de constelação familiar atuará com os meios necessários para que estes pequenos e seres frágeis, muitas vezes até indefesos, possam superar as marcas implantadas em seu íntimo pelos maus tratos sofridos e pelas experiências desagradáveis pelas quais passaram e receber todas as condições e os impulsos necessários para um crescimento saudável.

O Brasil é um dos primeiros países do mundo a utilizar as constelações familiares no Judiciário para facilitar conciliações e a resolução de conflitos em diversas áreas pela iniciativa pioneira do juiz Sami Storch, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), que vem sendo replicada em diversos Tribunais e, também, entre advogados e outros profissionais da mediação e conciliação.

Para Sami Storch, a Constelação Familiar é um instrumento que pode melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação, abrindo espaço para uma Justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ regulamenta emissão de certidão para crianças geradas por reprodução assistida - 12/05/2016

A Corregedoria Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, que regulamenta a emissão de certidão de nascimento dos filhos cujos pais optaram pela reprodução assistida. Agora está mais simples registrar crianças geradas por técnicas de reprodução, como a fertilização in vitro e a gestação por substituição, mais conhecida como "barriga de aluguel".

Antes esse registro só era feito por meio de decisão judicial, já que não havia regras específicas para esses casos. Se os pais, heteroafetivos ou homoafetivos, forem casados ou conviverem em união estável, apenas um deles poderá comparecer ao cartório para fazer o registro. Na certidão dos filhos de homoafetivos, o documento deverá ser adequado para que seus nomes constem sem distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Uma novidade é que nos casos de gestação por substituição não mais constará do registro o nome da gestante informado na Declaração de Nascido Vivo (DNV). Além disso, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre o doador ou doadora e a pessoa gerada por meio de reprodução assistida.

A ministra Nancy Andrighi, Corregedora Nacional de Justiça, determinou que os oficiais registradores estão proibidos de se recusar a registrar as crianças geradas por reprodução assistida, sejam filhos de heterossexuais ou de homoafetivos. Se houver recusa do cartório, os oficiais poderão responder processo disciplinar perante a Corregedoria dos Tribunais de Justiça nos estados.

"A medida dá proteção legal a uma parcela da população que não tinha assegurado o direito mais básico de um cidadão, que é a certidão de nascimento", afirmou a Corregedora Nacional de Justiça.

Confira a íntegra do Provimento nº 52 no link http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz auxiliar fala do Papel do Estado no Século XXI, na visão do Judiciário - 17/05/2016



Na manhã desta terça-feira (17), o juiz auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de MS, Alexandre Antunes da Silva, participou do seminário "O Papel do Estado no Século XXI," promovido pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola de Governo.

Com foco no aprimoramento da gestão pública, o seminário traz uma reflexão sobre o "O papel do Estado no Século XXI", sob a ótica dos três poderes, além de proporcionar também a visão do Ministério Público e de outros segmentos da sociedade como da Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional de Mato Grosso do Sul e do setor empresarial.

Durante o seminário, o juiz auxiliar da Presidência, Alexandre Antunes da Silva, apresentou o painel "O Papel do Estado no Século XXI" - Visão do Judiciário", momento em que discorreu sobre a evolução do Poder Judiciário Sul-mato-grossense, suas dificuldades e os desafios a serem enfrentados. O painel teve ainda como mediadora a Procuradora de Entidades Públicas, Cláudia Flores Cavalcanti.

"No âmbito do Judiciário buscamos o aperfeiçoamento da nossa gestão a fim de otimizarmos os nossos recursos, e, por meio da Escola Judicial, procuramos treinar nossos servidores, juízes e desembargadores para a execução de um serviço melhor e com menos custos", afirmou o magistrado, que destacou também a importância do evento pois, segundo ele, a profissionalização só é alcançada quando se discute as questões do passado para poder fazer assim uma projeção para o futuro.

O evento prossegue durante a tarde de hoje e também nesta quarta-feira (18), no Centro de Convenções Rubens Gil de Camillo. Nesta tarde haverá a realização de diversas palestras como: modelagem de indicadores e gestão de pessoas orientada para o resultado. No segundo dia haverá a continuação do

painel “O papel do Estado no Século XXI”, com a visão da OAB/MS e do setor empresarial, além da realização das demais palestras que abordarão diversas temáticas, dentre as quais: controle e cidadania, gestão de processos orientada para resultados, monitoramento e avaliação, etc.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Portal da Estratégia disponibiliza a seção Sustentabilidade - 17/05/2016

Foi criado no Portal da Estratégia (http://www.tjms.jus.br/planejamento/index.php) uma seção chamada Sustentabilidade. O objetivo desta é tornar público os principais assuntos referentes ao tema realizados no TJMS, tendo como principal diretriz a Resolução n. 201/2015 do CNJ.

Dentre os documentos disponibilizados está o Plano de Logística Sustentável do TJMS, instrumento vinculado ao Planejamento Estratégico com objetivos e responsabilidades definidas, ações, metas, prazos de execução, mecanismos de monitoramento e avaliação de resultados que permite estabelecer e acompanhar práticas de sustentabilidade, racionalização e qualidade do órgão e assim promover a gestão ambiental, econômica e social do PJMS.

Escola reformada por detentos é destaque no portal do CNJ - 20/05/2016


www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82360-judiciario-inaugura-escola-com-reforma-feita-e-custeada-por-detentos

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como acionar o CNJ?
Fale com a Ouvidoria
Corregedoria Nacional de Justiça
Convenção da Apostila de Haia

Página inicial > Notícias > Judiciário > Judiciário inaugura escola com reforma feita e custeada por detentos

Judiciário inaugura escola com reforma feita e custeada por detentos

18/05/2016 - 16h02

TWEETAR COMPARTILHAR

Nesta terça-feira (17/5), o Poder Judiciário de MS inaugurou a 5ª escola estadual de Campo Grande reformada por detentos do regime semiaberto. A obra da Escola Estadual Padre José Scampini faz parte do Projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, que destina tanto a mão de obra como o dinheiro do próprio reeducando para a construção e compra de material. O juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal da Capital e idealizador do projeto, lembrou que Campo Grande tinha o pior semiaberto do país e passou a ser um dos melhores com a proposta que utiliza mão de obra dos presos e direciona percentual de seu salário para custear esse tipo de projeto.

"Essa é a quinta obra custeada com a mão de obra do preso e, ao longo dessas reformas, o Estado economizou aproximadamente R$ 1,7 milhão. O projeto tem também uma rapidez inédita porque a reforma é realizada no período das férias escolares, porque não se tem muito tempo a perder com pessoas que estão cumprindo pena", disse.

Contatos
Imprensa 61 2326 5470 imprensa@cnj.jus.br
Ouvidoria 61 2326 4608 ouvidoria@cnj.jus.br

Receba as notícias do CNJ
Cadastre-se aqui

Youtube
Tire suas dúvidas sobre ...

A entrega da 5ª escola estadual reformada com mão de obra de detentos esta semana ganhou repercussão nacional. O portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estampou matéria mostrando o projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto, da 2ª Vara de Execução Penal da Capital.

O diferencial da iniciativa, inédita no país, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos como parte do salário do reeducando e de outros que estão empregados em órgãos públicos, parques e indústrias da cidade.

A implantação da proposta tornou-se possível com a edição e regulamentação da Portaria 001/2014, da 2ª VEP de Campo Grande, que normatizou o trabalho dos apenados dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e também fomentar o trabalho prisional, tal como o projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade. A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1ª, "d".

A proposta ganhou respeito nacional e está sendo copiada em outros estados. A primeira reforma foi inaugurada em fevereiro de 2014 e a escola Delmira Ramos, no Coophavilla II, teve pintura total do prédio, reforma de calçadas, banheiros, bebedouro, revitalização da quadra de esportes, área administrativa, parte hidráulica e elétrica, além de jardinagem. Mais de 10 presos trabalharam para executar a obra que custou R$ 64 mil.

A segunda reforma foi entregue em setembro de 2014, o custo da obra foi de R$ 53 mil e 13 internos trabalharam na reforma da Escola Estadual Brasilina Ferraz Mantero, no Jardim Leblon, cuidando da reforma hidráulica e elétrica, colocação de forro, pintura, reforma do bebedouro, pintura das paredes

internas e externas, portas, janelas, muros e grades, instalação de luminárias, troca de interruptores, serviço de jardinagem, reforma da calçada na frente da escola e troca de vidros quebrados.

Em fevereiro de 2015 foi entregue a terceira reforma. Desta vez, a Escola Estadual Padre Mário Blandino, no bairro Aero Rancho, um dos mais populosos da Capital, foi a beneficiária. A obra custou em torno de R$ 350 mil. A seguir, os presos trabalharam na Escola Estadual Flavina Maria da Silva, no Jardim Botafogo.

A quarta instituição de ensino estadual reformada pelo Projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade teve a reconstrução do calçamento do pátio, colocação de tubulação e grades para escoamento da água da chuva, instalação de coberturas metálicas para proteger alunos e servidores, a reconstrução do telhado de sala de aula com estrutura comprometida e o melhor: o orçamento não ultrapassou R$ 100 mil.

A quinta escola foi entregue esta semana e, ao custo de R$ 149 mil, a Escola Estadual Padre José Scampini teve reformadas 30 salas, incluído o anfiteatro, além da quadra coberta, pátio, calçamento, muros, pintura geral, troca de vidros, reforma elétrica e hidráulica, e, ainda, projeto de acessibilidade com a construção de banheiros adaptados, guichê da secretaria e da cantina com acessibilidade para cadeirantes, instalação de rampas e piso tátil.

Confira a matéria no site do CNJ no link http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82360-judiciario-inaugura-escola-com-reforma-feita-e-custeada-por-detentos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Economia e Celeridade: Juizado da Moreninhas usa senha nas citações por AR digital - 30/05/2016



Mais uma vez o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul moderniza procedimentos garantindo aos jurisdicionados uma prestação célere e com economia de recursos. A 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal, localizada no bairro Moreninhas, um dos bairros mais populosos de Campo Grande, passou a disponibilizar senha nas citações entregues via Aviso de Recebimento (AR). Com isto, a parte demandada passa a ter acesso integral ao processo, sem a necessidade de receber a Contrafé, que é a cópia fiel da petição inicial.

A funcionalidade, que já estava em operação desde março deste ano em duas varas-piloto, mas sem disponibilizar senha, permite o recebimento automatizado dos ARs, por meio da integração entre os sistemas do TJMS (SAJ-PG5) e dos Correios.

A Secretaria de Tecnologia da Informação, por meio do Departamento de Sistema Jurisdicional, vem implantando novas funcionalidades no sistema SAJ, trazendo automação de rotinas processuais, o que garante celeridade processual e economia de recursos.

Também neste ano, a Corregedoria-Geral de Justiça modificou, por meio do Provimento nº 134, a redação do artigo 186, *caput*, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, ao definir que a citação será feita, preferencialmente, pelo correio, por carta registrada com Aviso de Recebimento (AR) – mão própria, instruída com documento contendo uma senha pessoal, que possibilitará o acesso às peças processuais que constituem a contrafé.

Segundo a juíza titular da 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal, Elisabeth Rosa Baisch, o envio da senha junto ao AR é feito em alguns casos. “Inicialmente, estamos enviando a senha nas citações via AR para Pessoas Jurídicas, nos casos de direito do consumidor, e também para as partes em que sabemos que terão acesso à internet e conhecimento para entrar no Portal e-SAJ. Nos demais

casos, em que verificamos que a parte citada terá dificuldade em acessar o processo eletrônico, ainda enviamos um oficial de justiça para cientificá-la e junto a contrafé, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa".

Ainda segundo a magistrada, o uso desta funcionalidade garante não só a economia de papel, mas a otimização de procedimentos que darão mais celeridade aos processos da vara. "Esta rotina permite que os servidores sejam utilizados em funções mais importantes para o processo, já que este trâmite é feito de forma automatizada dentro do sistema SAJ, reduzindo etapas do processo que passa a ser alimentado automaticamente pela integração dos sistemas", explicou a juíza Elisabeth Baisch.

A 4ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal das Moreninhas tem, atualmente, 2.142 processos em andamento. Nesta Vara, os despachos, sentenças e demais atos de mero impulso processual estão adaptados à funcionalidade ATOS do Sistema SAJ, que possibilita a automatização de rotinas cartorárias. O esforço em aderir as funcionalidades do SAJ-ATOS possibilitou que hoje a utilização de senha para os ARs digitais sejam uma realidade, garantindo economia e celeridade processual.

A funcionalidade de envio de AR para comunicação processual foi implementada, primeiramente, como projeto-piloto na 5ª vara do Juizado Especial (UCDB) e na vara de Execução Fiscal Estadual de Campo Grande. Hoje isto já é uma realidade em todas as demais varas dos Juizados Especiais de Campo Grande e, ainda, nas comarcas de Camapuã, Aparecida do Taboado e Chapadão do Sul.

A implantação nas demais varas e comarcas está em andamento, com previsão de conclusão em novembro de 2016. Primeiro serão feitas todas as comarcas de primeira entrância, depois as de segunda entrância e, por último, as de entrância especial.

Com o avanço do uso da tecnologia da informação alinhado a uma moderna legislação interna no Poder Judiciário estadual, a população de Mato Grosso do Sul continuará tendo uma prestação jurisdicional efetiva e transparente de uma Corte que é referência nacional em modernidade e comprometimento com os jurisdicionados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ inicia consulta pública sobre regulamentação do uso do nome social - 08/06/2016

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) abre, a partir de segunda-feira (13) até o dia 30 de junho, consulta pública sobre a proposta de resolução para regulamentar o uso do nome social (nome dado à pessoa cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero) em serviços judiciários. As sugestões podem ser encaminhadas pelo e-mail nomesocial@cnj.jus.br.

A proposta de resolução assegura a possibilidade de uso do nome social às "pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, aos magistrados e magistradas, aos estagiários, aos servidores e trabalhadores terceirizados do Poder Judiciário em seus registros, sistemas e documentos". No caso dos colaboradores, o uso do nome social, de acordo com a proposta de ato normativo, pode ser requerido no momento da posse ou a qualquer tempo.

A iniciativa foi deliberada pela Comissão Permanente de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas do CNJ, a fim de ampliar e democratizar o debate acerca do tema. "O reconhecimento do direito à identidade de gênero aos envolvidos no sistema de Justiça é um atributo fundamental de preservação da dignidade humana", explica o conselheiro Carlos Eduardo Dias, relator do ato normativo. O conselheiro intimou todos os tribunais do país a prestarem informações sobre a proposta de ato normativo.

Entre as previsões do ato normativo está a formação continuada sobre o tema pelas Escolas Nacionais da Magistratura (Enfam e Enamat) e o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJud), em cooperação com as escolas judiciais. O PJe também deverá trazer campo específico destinado ao registro do nome social desde o cadastramento inicial ou a qualquer tempo, quando requerido.

A proposta de ato normativo prevê ainda que, entre diversas outras medidas, nas sedes judiciais e administrativas dos órgãos do Poder Judiciário, deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços separados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada pessoa.

Precedentes – A Constituição Federal, em seu artigo 5º, estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que abrange as diferenças quanto ao sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário também consagram princípios relativos aos direitos humanos no sentido de as pessoas serem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de sexo, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (OEA/1948), entre outros.

A autorização para o uso do nome social já é prática em alguns órgãos públicos. Recentemente, no dia 28 de abril de 2016, foi editado pela Presidência da República o Decreto 8.727, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão da Secretaria de Direitos Humanos (SDH), também aprovou duas resoluções sobre o tema. A Resolução nº 12/2015 dispõe sobre o reconhecimento institucional da identidade de gênero nos sistemas e instituições de ensino. Já a Resolução nº 11/2014, estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens "orientação sexual", "identidade de gênero" e "nome social" nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil.

A coordenadora do CNCD, Katia Guimarães, explica que todo o trabalho em torno da identidade de gênero se relaciona diretamente com as medidas de proteção e defesa dos direitos humanos, razão pela qual toda e qualquer iniciativa nesse sentido é positiva. “A nossa identidade é dada a partir do nome que recebemos, mas isso se torna muito grave quando você se enxerga de um determinado gênero e sua identidade traz outro. Temos direito de ter o nome que escolhemos. O registro deve traduzir aquilo que a gente é no mundo”, pontua.

Autor da notícia: Agência CNJ de Notícias

Corregedora Nacional reafirma a não aplicabilidade do CPC nos Juizados - 09/06/2016



Foto: Anderson Moreira

A Corregedora Nacional de Justiça e ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, afirmou durante XXXIX Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje), que aos Juizados não se aplica o Novo Código de Processo Civil. A informação foi dada pelo presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson, que participa do evento, realizado de 8 a 10 de junho, na cidade de Maceió (AL).

Para Nancy Andrighi, que participou do Fonaje por meio de videoconferência, os Juizados Especiais não devem seguir normas do atual Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, nem em caráter subsidiário ou por eventual omissão legislativa. Para a ministra, os Juizados Especiais são uma justiça especializada, que tem critérios e princípios peculiares e diferenciados, previstos na Lei n, 9.099/90, determinando o apartamento entre o Sistema Judicial dos Juizados e o da Justiça Comum.

Para o Des. Marco André Nogueira Hanson, a manifestação da Ministra Nancy Andrighi consolida a orientação já dada aos juízes de MS por meio de ofício circular do Conselho de Supervisão, não se aplicando normas do atual e do antigo Código de Processo Civil, uma vez que se trata de justiça especializada.

Recentemente, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, por meio de seu presidente, Des. Marco André Nogueira Hanson, encaminhou aos juízes do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, que atuam nos Juizados Especiais, orientação a respeito da contagem de prazos, tendo como parâmetros Enunciado do Fonaje e a orientação da Corregedoria Nacional de Justiça.

Em abril deste ano, os juízes membros das Turmas Recursais, seguindo a orientação do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, adotaram, por maioria, as premissas estabelecidas na Nota Técnica

01/2016 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) e fixaram o entendimento de que o NCPC não é aplicável no Sistema dos Juizados Especiais no que se refere à contagem de prazos em dias úteis, prevista no artigo 219 do Novo CPC.

Desta forma, deve-se ter em mente, em defesa da razoável duração dos processos, que a aplicação de regras processuais contrárias à Lei nº 9.099/95 atenta contra os princípios fundamentais dos processos analisados pelos Juizados Especiais, como a simplicidade, a economia processual e, sobretudo, a celeridade.

Também participam do XXXIX Fórum Nacional de Juizados Especiais os juízes Eliane de Freitas Lima Vicente, Djailson de Souza, Denize de Barros Dódero Rodrigues, Emerson Cafure, Patricia Kelling Karloh e Francisco Vieira de Andrade Neto.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ participa de audiência pública sobre “Justiça pela Paz em Casa” - 10/06/2016



Representando o vice-presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e coordenador estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, Des. Paschoal Carmello Leandro, a servidora Luciana Ferreira Santos Caribé participou na última quarta-feira (8) de uma Audiência Pública da Campanha Justiça pela Paz em Casa, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul (OAB/MS), por meio da Comissão da Mulher Advogada (CMA).

O evento contou também com a participação de advogadas, representantes do Poder Executivo Estadual e Municipal e membros da Defensoria Pública Estadual e Ministério Público Estadual, que discutiram acerca de ações integradas de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher e em maneiras de aprimorar a prestação da tutela jurisdicional às mulheres vítimas de violência doméstica no Estado de Mato Grosso do Sul.

Durante o evento, a Comissão da Mulher Advogada (CMA) da OAB/MS elaborou um relatório com as reivindicações que foram apresentadas. O documento foi encaminhado para a Comissão Nacional da Mulher Advogada que se reúne nesta sexta-feira (10) com a ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Cármen Lúcia, a fim de que as lacunas existentes no Judiciário sejam sanadas e também para que cada Estado busque uma solução de acordo com suas peculiaridades.

A Campanha “Justiça pela Paz em Casa” foi idealizada pela ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, e tem como intuito agilizar em todo país a resolução de processos criminais em que mulheres sejam vítimas ou parte interessada, além de fomentar na sociedade uma mudança na cultura de violência no lar.

Para a representante da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, Luciana Ferreira Santos Caribé, a participação do Tribunal de Justiça de MS na audiência pública foi fundamental, visto que a Campanha “Justiça pela Paz em Casa” é uma bandeira que foi levantada pelo próprio Poder Judiciário.

"A educação é fundamental para que haja uma mudança cultural na sociedade no sentido de não tolerar nenhum tipo de violência contra a mulher e por essa razão todos os Poderes deverão atuar junto à educação", ressaltou Caribé, que avaliou como positiva a audiência pública pois foram realizadas diversas sugestões de comunidades e entidades ligadas ao combate à violência contra a mulher, com recorte bastante interessante quanto à violência contra as mulheres indígenas, já que o Estado de Mato Grosso do Sul possui a 2ª maior população indígena do país.

Campanha Justiça pela Paz em Casa – O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul realizou neste ano, no período de 7 a 11 de março, a Semana da Paz em Casa. Durante a semana foram realizadas diversas palestras e ações tanto na Capital como nas Comarcas do Interior, que resultaram na participação de aproximadamente 10 mil pessoas e realização de 1.293 movimentações processuais, entre audiências, sentenças, medidas protetivas, etc. Também foi realizada a primeira Caminhada pela Paz em Casa, que levou cerca de 1.000 pessoas para caminharem pelas ruas do centro de Campo Grande em prol da mulher, mobilizando diversos segmentos da sociedade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Aprovada resolução que regulamenta o teletrabalho no Poder Judiciário- 14/06/2016

O plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, na sessão plenária desta terça-feira (14), resolução que disciplina o teletrabalho de servidores no âmbito do Poder Judiciário, também conhecido como home office. A proposta foi apresentada em abril pelo conselheiro Carlos Eduardo Dias, mas o julgamento em plenário foi interrompido por pedidos de vista.

O texto do ato normativo foi construído a partir da compilação, pela Secretaria de Gestão de Pessoas, das 185 sugestões recebidas em consulta pública. A consulta foi aberta em agosto do ano passado pela Comissão de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas do CNJ para ampliar o debate sobre a criação de regras para uma prática já adotada por alguns tribunais do país.

O julgamento foi retomado nesta terça-feira com a apresentação do voto-vista da corregedora nacional de Justiça, ministra Nancy Andrighi. Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi sugeriu que fosse vedada a possibilidade de autorização para teletrabalho a ser prestado fora do país, salvo quando o servidor obtiver do tribunal licença para acompanhamento de cônjuge. “Essa era uma situação que me preocupava muito. Nós temos muitos servidores no exterior e se eventualmente nós os contemplarmos com essa possibilidade de trabalharem fora do país, esse número aumentará ainda mais”, explicou o presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski”.

A ministra sugeriu ainda que haja a instauração obrigatória de processo administrativo disciplinar contra o servidor em regime de teletrabalho que receber em sua casa advogados das partes, além da suspensão automática da permissão para teletrabalho. O conselheiro relator defendia que a instauração não fosse automática, mas analisada caso a caso. Ao final, foram incorporadas as contribuições da corregedora nacional de Justiça.

Produtividade - A produtividade a ser cobrada dos servidores em regime de teletrabalho, prevista no parágrafo 2º do artigo 6 da resolução, também gerou algumas divergências entre conselheiros. A proposta original previa aos servidores em regime de home office uma meta “equivalente ou superior” a dos que executam as mesmas atividades no órgão. A ideia, segundo o relator, era dar liberdade ao tribunal para fixar a meta de forma distinta, a depender da situação específica.

Ao final, foi acolhida sugestão dos conselheiros Carlos Levenhagen e Fernando Mattos para que a meta de desempenho a ser fixada para os servidores em teletrabalho seja superior a dos servidores que trabalharem nas dependências do órgão, a exemplo da regulamentação já editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para o teletrabalho de seus servidores.

Vantagens – A modalidade de trabalho não presencial surgiu na iniciativa privada, mas também já conquistou adeptos no setor público. Entre as vantagens de adotar a prática estão a qualidade de vida proporcionada para os trabalhadores, a economia de recursos naturais (papel, energia elétrica, água etc.) gerada pela redução de consumo nos locais de trabalho, e a melhoria da mobilidade urbana, devido ao esvaziamento das vias públicas e do transporte coletivo.

Autor da notícia: Agência CNJ de Notícias

TJ lança projeto Petição 10, Sentença 10 em Mato Grosso do Sul - 16/06/2016



Não foi surpresa os plenários do TJMS lotados para o lançamento do projeto Petição 10, Sentença 10 em Mato Grosso do Sul. Ao todo mais de 300 pessoas ocuparam os lugares para a solenidade de assinatura do termo de adesão e detalhamento da proposta idealizada pelo Des. Carlos Eduardo Richinitti, da 9ª Câmara Cível do TJRS.

Para o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, a perspectiva é que se tenha a adesão de advogados, estudantes, juízes, promotores, defensores, enfim, dos operadores do Direito no sentido de diminuir o tamanho das petições.

"Não é concebível que se receba uma petição com 200 páginas, uma contestação com 300 páginas, impugnação e contestação com mais 200 páginas. Daqui a pouco vai virar um livro. Não é possível ao juiz ler 50, 60 livros em um dia. A ideia é otimizar a produção e o desenvolvimento dos trabalhos. O advogado não precisa escrever muito: basta expor o fato, a fundamentação jurídica, juntar os documentos e fazer o pedido. É o suficiente".

O desembargador acredita que em seis meses, um ano, será possível sentir os resultados desse projeto. "O objetivo é agilizar o funcionamento da justiça. Se você tem um processo com a exposição do fato, produção de provas de uma forma reduzida, sintética, é muito mais fácil examinar a questão, compreender a situação e dar uma solução", concluiu Lós.

Richinitti fez uma explanação de como a proposta foi criada e implantada no Rio Grande do Sul, mostrou as principais conquistas a partir da implantação no estado gaúcho e elogiou a justiça sul-mato-grossense por aderir ao projeto Petição 10, Sentença 10.

"Tivemos grande aceitação tanto no RS quanto em outros estados, apenas por adesão. Procuramos mostrar a importância de se racionalizar. Não há mais por que fazer longos arrazoados

nos processos. Precisamos focar no que é o litígio e o Petição 10 vem dentro dessa ideia, que é limitar o tamanho das petições para que se diga diretamente o direito que está sendo discutido".

No entender do Des. Richinitti, é importante registrar que não apenas para fins de racionalização, agilização da justiça, mas para apoio ecológico as pessoas precisam ter consciência de como se impacta o meio ambiente com a produção do papel, e que no momento em que se reduz a utilização do papel, contribui-se com a natureza.

"O importante não é que isso se estenda a todos os estados, mas que todos pensem sobre a proposta. Diante do volume tão grande de processos e da necessidade de agilização, precisamos reduzir as petições, as sentenças, dizendo exatamente o que é preciso e não acrescentando coisas inúteis e que em nada contribuem para o objetivo maior, que é fazer justiça".

O juiz diretor do Foro da Capital, Aluizio Pereira dos Santos, já percebeu a grande adesão de operadores do direito no projeto que prima pela qualidade das petições e não pela quantidade. "Este projeto visa conscientizar o profissional do direito a ser mais conciso e preciso em suas redações na petição. Na medida em que os profissionais forem se conscientizando, naturalmente o trabalho dos magistrados será reduzido e poderão produzir muito mais. Uma coisa é ler uma petição de 60 páginas, como é comum, e outra é ler petição de apenas 10 páginas. Evidentemente, ele terá tempo para ler várias petições".

O juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, presidente da AMAMSUL, lembrou a importância do projeto e que é um antigo anseio da magistratura, pois é essencial para o processo e para elaboração de uma sentença que a petição inicial seja clara e objetiva. "Não se admite mais, nos dias de hoje, vocabulário rebuscado e excessivo nas peças processuais e este projeto visa conscientizar os operadores do direito da necessidade de se implementar a objetividade nas petições, para que a sentença seja elaborada de forma mais rápida e abrangente".

Além das autoridades citadas, prestigiaram o lançamento o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, a procuradora Jaceguara da Silva Passos, representando o MP; o defensor público Guilherme Cambraia de Oliveira, representando a Defensoria Pública; o procurador geral adjunto do Estado Fernando Cezar Zanele, o presidente da OAB/MS Mansour Elias Karmouche, juízes e desembargadores, estudantes de Direito das universidades da Capital, professores, coordenadores de curso e servidores.

Petição 10, Sentença 10 – Voltado para os operadores do Direito, o projeto preza a qualidade e não a quantidade, ao propor mudar a cultura de manifestações extensas no processo, reduzindo o tamanho das peças, além de minimizar o impacto ambiental.

O Poder Judiciário vem implementando projetos para modernizar procedimentos garantindo, assim, que a população de Mato Grosso do Sul tenha uma prestação jurisdicional efetiva e transparente de uma Corte que é referência nacional em modernidade e comprometida com responsabilidade socioambiental.

A proposta é que advogados, promotores, defensores públicos e procuradores apresentem petições iniciais sucintas, com no máximo 10 páginas, o que garantirá uma prestação jurisdicional mais célere, uma vez que peças mais objetivas e claras farão com que o trabalho do magistrado e assessores seja feito, do mesmo modo, com mais celeridade, dispensando análise de pontos que pouco acrescentam na discussão do caso.

Atualmente, os processos que tramitam no Poder Judiciário de MS são eletrônicos, permitindo facilidades e melhoria às rotinas judiciais, decorrentes da era digital. Contudo, estas facilitações da

informática geraram preocupante distorção, em especial, no uso em larga escala de longas petições e sentenças, com ementas de julgados, citações de doutrinas e legislações. O resultado são peças com argumentos repetitivos e tautológicos, que não significa qualidade no debate e no convencimento.

Conheça - Mais informações sobre o projeto estão disponíveis no link http://www.tjms.jus.br/projetos/peticao10sentenca10/index.php.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ministério da Justiça homenageia magistrado de MS - 20/06/2016



Na última sexta-feira (17), o Ministério da Justiça homenageou o magistrado Aluizio Pereira dos Santos, da 2ª Vara do Júri de Campo Grande, com o diploma de Mérito pela Valorização da Vida do ano de 2015 em solenidade ocorrida por ocasião da XVIII Semana Nacional Antidrogas, em Campo Grande.

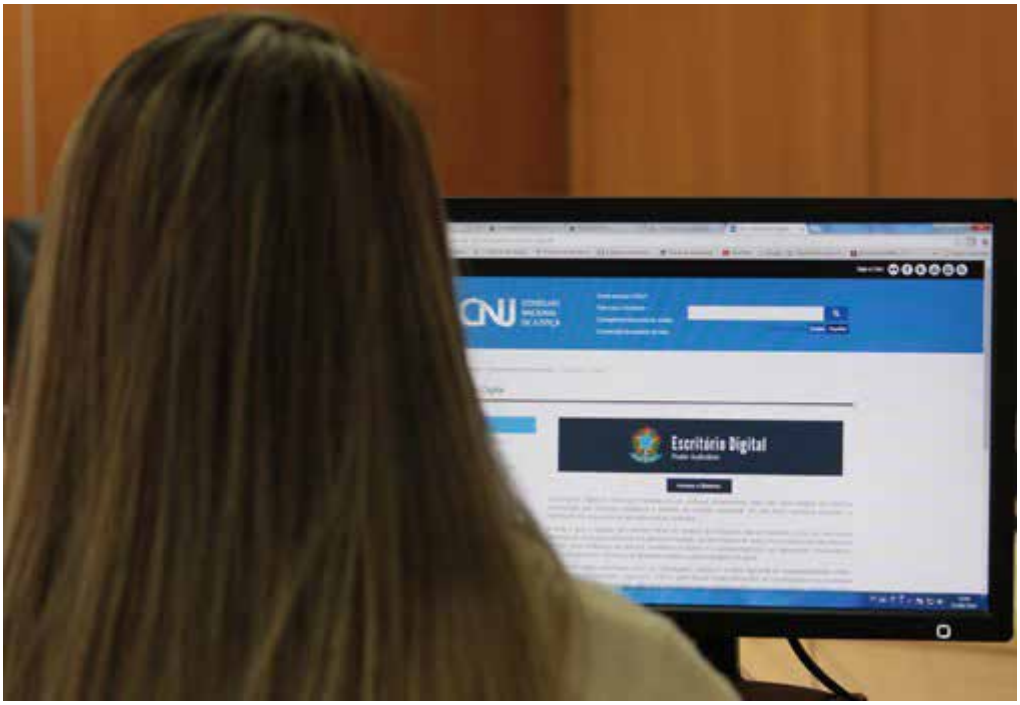
O certificado foi subscrito pelo ex-Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso por reconhecer a significativa contribuição do magistrado nas ações de implementação e fortalecimento da Política Nacional sobre Drogas.

Aluizio exerceu a função de presidente da Comissão de Licitação do Conselho Estadual Antidrogas no biênio 2014/2015 por indicação do Tribunal de Justiça como membro do Poder Judiciário. Foi responsável por implantar um modelo de gestão que aumentou significativamente a alienação de veículos apreendidos com drogas no Estado. No caso, verificando as dificuldades estruturais do CEAD no tocante a servidores, veículos, recursos, etc., inclusive, conseguia fazer apenas um leilão por ano, modificou o sistema de trabalho na medida em que convidou as leiloeiras cadastradas no TJMS e terceirizou os serviços de busca e levantamento dos referidos veículos que se encontravam nos pátios das delegacias de polícia civil, federal, etc., para que fizessem a triagem do início até finalizar com o leilão. Para tanto, dividiu o Estado em cinco regiões e designou, por sorteio, uma leiloeira para cada região, o que resultou no aumento do número de leilões com o passar dos anos.

Atualmente a função de presidente da Comissão de Licitação é ocupada pelo juiz Olivar Coneglian, que vem dando sequência com sucesso aos trabalhos, de forma que uma leiloeira, sozinha, já retirou de pátios das delegacias de polícia aproximadamente mil veículos apreendidos com drogas, atingindo meta recorde de se realizar um leilão por mês, sem dizer dos leilões também feitos pelas outras empresas.

O produto da venda destes veículos é encaminhado diretamente para a SENAD e o Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, investe em políticas públicas de prevenção e repressão, investindo na recuperação de pessoas que se envolvem com drogas e também na compra de viaturas, armas, operações policiais de fronteiras, etc.

TJMS é um dos primeiros a integrar Escritório Digital do CNJ - 20/06/2016



A partir desta segunda-feira (20), o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul se integrará ao Escritório Digital, um software desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que reúne os sistemas processuais dos Tribunais brasileiros, permitindo aos usuários advogados centralizar, em um único endereço eletrônico, a tramitação dos processos de seu interesse no Judiciário. O objetivo é trazer facilidade, agilidade, economia de tempo e de recursos para os operadores do Direito.

O novo sistema integrará o e-SAJ, o PJE e os demais sistemas de todos os Tribunais brasileiros em um só lugar – o Escritório Digital. Com as informações integradas, será facilitada a consulta processual, peticionamento de intermediárias e consulta de avisos pendentes (publicações no DJE), tudo isto em uma interface única.

O Escritório Digital é de iniciativa do CNJ e funcionará como um mensageiro, usando o Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI), estabelecido na Resolução Conjunta n. 3/2013 do CNJ e CNMP.

O Poder Judiciário de MS, um dos pioneiros e mais informatizados do país, apoia esta iniciativa que passa a ser uma nova possibilidade de acesso aos operadores do Direito, que poderão fazer uso dessa ferramenta.

A princípio, os serviços disponibilizados pelo TJMS no Escritório Digital serão a consulta processual, o peticionamento de intermediárias e a consulta de avisos pendentes.

O acesso é feito por meio de login e senha ou por certificado digital, o que garante a segurança do procedimento. O advogado e demais operadores do Direito que tiverem interesse, podem acessar o sítio eletrônico do CNJ e se cadastrarem.

Por ser um projeto desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, é importante ressaltar que o usuário do Escritório Digital deve reportar problemas e pedidos de informações diretamente aos responsáveis,

no CNJ, que farão o suporte e operacionalização do software. Desta forma, o acesso e operação ocorrerá pelo portal do Conselho Nacional de Justiça e, ainda, pelo telefone (61) 2326-5353.

O uso do sistema e-SAJ continuará funcionando normalmente para as movimentações processuais no Poder Judiciário de MS. Os operadores do Direito que optarem pelo Escritório Digital do CNJ também podem utilizar o e-SAJ.

As respostas às dúvidas mais frequentes podem ser sanadas pelo material do arquivo anexo abaixo.

Anexos:

Utilização da integração – Escritório Digital.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto de Ginástica Laboral supera as expectativas - 22/06/2016



Implantada desde janeiro de 2016 no ambiente de trabalho da Central de Processamento Eletrônico - CPE, a Ginástica Laboral vem alcançando surpreendente aceitação entre os servidores contemplados pelo projeto, sendo cada vez mais reconhecida como importante ferramenta a ser utilizada na melhoria da qualidade de vida no trabalho e na prevenção de doenças ocupacionais.

Os bons resultados foram comprovados a partir de pesquisa realizada pela empresa Valcanaia junto aos servidores que participam da ginástica laboral desde a sua implantação. O questionário aplicado, estruturado em 7 questões de múltipla escolha e 1 aberta, atende à exigência prevista em contrato, que estabelece a realização de pesquisa no quinto e décimo mês de vigência contratual, no intuito de avaliar os resultados obtidos pelo projeto.

Responderam à pesquisa 133 servidores. Desse total, 98% consideram o projeto importante para o ambiente de trabalho e 96% classificam as aulas como agradáveis.

Quanto à melhoria do bem-estar diário proporcionado pela prática da ginástica laboral, 127 servidores reconheceram que os resultados positivos advêm dos exercícios aplicados no ambiente de trabalho. Nessa mesma questão, 5 servidores posicionaram-se de maneira indiferente e apenas um afirmou não sentir melhora com a intervenção das sessões.

Já quanto a questão que expunha alguns dos benefícios decorrentes da prática da ginástica laboral, os servidores poderiam assinalar mais de uma alternativa, de acordo com a sua percepção. Assim, 88 confirmaram que a prática da ginástica laboral proporcionou menos desconforto físico durante a jornada de trabalho; 74 afirmaram retornar mais dispostos ao trabalho após as aulas; 60 reconheceram uma melhora na flexibilidade e alongamento; 31 passaram a se alongar em casa e/ou nos dias em que não tem aula de ginástica laboral e, por fim, 11 servidores afirmaram que passaram a praticar mais exercícios físicos.

Os resultados obtidos nessa primeira pesquisa demonstraram, portanto, que as atividades desenvolvidas e propostas pela Comissão Especial de Estudo para Avaliação e Promoção de Melhorias de Saúde no Ambiente de Trabalho da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau, têm atendido as exigências previstas em contrato e, principalmente, correspondido às expectativas de melhoria na qualidade de vida dos servidores.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0801334-38.2014.8.12.0001 081
Apelação nº 0808579-03.2014.8.12.0001 085
Mandado de Segurança nº 1404425-56.2015.8.12.0000 094

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0802802-25.2014.8.12.0005 105
Apelação nº 0800841-86.2015.8.12.0046 114
Mandado de Segurança nº 1415391-78.2015.8.12.0000 120

Divoncir Schreiner Maran

Apelação nº 0024685-78.2011.8.12.0001 132
Apelação nº 0826789-39.2013.8.12.0001 139
Apelação nº 0800734-20.2015.8.12.0021 148
Agravo de Instrumento nº 1402597-88.2016.8.12.0000 154

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0019905-32.2010.8.12.0001 158
Apelação nº 0802255-80.2013.8.12.0017 172
Apelação nº 0804175-43.2014.8.12.0021 181

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0015408-14.2006.8.12.0001 199
Apelação nº 0012334-13.2011.8.12.0021 206
Apelação nº 0800519-39.2014.8.12.0034 210

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0839603-83.2013.8.12.0001 216
Apelação nº 0808663-98.2014.8.12.0002 225
Mandado de Segurança nº 1400205-78.2016.8.12.0000 229

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0801014-39.2011.8.12.0018 234
Apelação nº 0801004-36.2014.8.12.0035 240
Apelação nº 0801728-60.2015.8.12.0017 245

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0020055-30.1998.8.12.0002 250
Apelação nº 0802465-52.2013.8.12.0011 260
Apelação nº 0803059-45.2013.8.12.001 264
Agravo de Instrumento nº 1400492-41.2016.8.12.0000 274

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0002198-18.2010.8.12.0012 283
Apelação nº 0032278-27.2012.8.12.0001 289
Apelação nº 0801011-64.2013.8.12.0002 294

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0368828-84.2008.8.12.0001 313
Apelação nº 0020456-46.2009.8.12.0001 339
Apelação nº 0800721-39.2015.8.12.0015 356

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0835295-04.2013.8.12.0001 364
Remessa Necessária nº 0800188-24.2014.8.12.0045 382
Apelação nº 0802251-39.2014.8.12.0007 386

Nélio Stábile

Apelação nº 0801275-15.2012.8.12.0003 389
Apelação nº 0801771-58.2014.8.12.0008 395
Apelação nº 0824339-55.2015.8.12.0001 403

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0000639-87.2009.8.12.0003 409
Embargos de Declaração nº 0000083-04.2010.8.12.0051/50003 431
Apelação nº 0801654-47.2013.8.12.0026 448

Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0002725-76.2010.8.12.0009 465
Apelação nº 0829635-92.2014.8.12.0001 477
Agravo de Instrumento nº 1410151-11.2015.8.12.0000 482

Romero Osme Dias Lopes

Mandado de Segurança nº 1404733-92.2015.8.12.0000 514

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0351724-79.2008.8.12.0001 527
Apelação nº 0065386-18.2010.8.12.0001 533
Apelação nº 0800278-75.2012.8.12.0021 540

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0002923-06.2011.8.12.0001 548
Apelação nº 0005598-42.2012.8.12.0021 556
Apelação nº 0811938-92.2013.8.12.0001 561

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0005089-87.2012.8.12.0029 567
Apelação nº 0823029-82.2013.8.12.0001 572
Mandado de Segurança nº 1413431-87.2015.8.12.0000 581

Vilson Bertelli

Apelação nº 0002881-91.2011.8.12.0021 589
Apelação nº 0011439-52.2011.8.12.0021 594
Apelação nº 0022180-46.2013.8.12.0001 597
Agravo de Instrumento nº 1402226-27.2016.8.12.0000 603

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0000640-60.2010.8.12.0028 607
Apelação nº 0800347-33.2013.8.12.0002 615
Apelação nº 0801060-77.2015.8.12.0021 624

Juiz Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0800312-49.2013.8.12.0010 628
Apelação nº 0840058-14.2014.8.12.0001 635
Apelação nº 0803764-72.2015.8.12.0018 647

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0049977-31.2012.8.12.0001/50001 654
Apelação nº 0006424-34.2013.8.12.0021 665
Agravo de Execução Penal nº 0033002-26.2015.8.12.0001 677

Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0002485-60.2010.8.12.0018 685
Apelação nº 0035000-63.2014.8.12.0001 692
Agravo de Execução Penal nº 0001044-31.2016.8.12.0019 699

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação nº 0000251-24.2008.8.12.0003 707
Apelação nº 0000410-13.2014.8.12.0049 715
Habeas Corpus nº 1404202-69.2016.8.12.0000 730

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0006767-30.2013.8.12.0021 738
Recurso em Sentido Estrito nº 0006016-66.2014.8.12.0002 753
Conflito de Jurisdição nº 0001709-02.2015.8.12.0110 757

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0001989-41.2008.8.12.0005 762
Recurso em Sentido Estrito nº 0802397-16.2015.8.12.0017 777
Habeas Corpus nº 1405202-07.2016.8.12.0000 797

Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0002745-95.2014.8.12.0019 807
Apelação nº 0802221-35.2014.8.12.0029 820
Apelação nº 0019853-60.2015.8.12.0001 824

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0008033-51.2009.8.12.0002 828
Apelação nº 0032464-16.2013.8.12.0001 834
Recurso em Sentido Estrito nº 0802376-40.2015.8.12.0017 841

Romero Osme Dias Lopes

Recurso em Sentido Estrito nº 0001065-25.2013.8.12.0047 850
Mandado de Segurança nº 1401560-26.2016.8.12.0000..... 860

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0032577-43.2008.8.12.0001 865
Recurso em Sentido Estrito nº 0002429-03.2014.8.12.0110 874
Agravo de Execução Penal nº 0006931-24.2015.8.12.0021 881

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Anulatória

Multa condominial. Convenção do Condomínio. Perturbação do sossego. Advertência. Reincidência. Multa condominial. (0823029-82.2013.8.12.0001).....572

Ação Civil Pública

Meio ambiente. Captação de água subterrânea. Dispensação de esgoto. Estabelecimento hoteleiro. Fornecimento de água e esgoto pela concessionária. (0835295-04.2013.8.12.0001).....364

Secretaria Estadual de Saúde. Falta de controle de carga horária dos médicos. Falta de registro de consumo de combustíveis e lubrificantes de veículos utilizados. Ausência de prova de correção de irregularidades. Multa diária. (0800734-20.2015.8.12.0021).....148

Ação de Cobrança

Relação contratual. Prestação de serviços para Administração Pública. Dívida contraída pela gestão anterior. Enriquecimento ilícito. (0800841-86.2015.8.12.0046).....114

Ação de Indenização

Danos morais e materiais. Contrato de compra e venda de unidade imobiliária em construção. Promessa de realização de área de lazer. Área não construída. Conjunto habitacional. Legitimidade ativa *ad causam* dos condôminos. (0804175-43.2014.8.12.0021).....181

Danos morais e materiais. Curso técnico em agronegócio. Secretaria Estadual de Educação. Curso não reconhecido pelo CREA – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia ou CRA – Conselho Regional de Administração. (0802255-80.2013.8.12.0017) 172

Danos morais e materiais. Estacionamento de veículo em empresa. Responsabilidade de guarda e vigilância. Furto e avarias em motocicleta no estacionamento da empresa. (0808579-03.2014.8.12.0001) 085

Ação de Obrigação de Fazer

Honorários Advocatícios. Defensoria Pública. Pessoa jurídica de direito público. Súmula nº 412 do Superior Tribunal de Justiça. (0802251-39.2014.8.12.0007) 386

Medidas assistenciais à adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente. Portador de necessidades especiais. (0800188-24.2014.8.12.0045) 382

Ação de Partilha

Regime de comunhão parcial de bens. Aplicação do Código Civil de 1916. Partilha de bens adquiridos até a separação de corpos. Comunhão de verba decorrente de aluguel. (0801654-47.2013.8.12.0026).....448

Ação de Rescisão Contratual

Cessão de uso de marca. Descumprimento de cláusula contratual. Cláusula de exclusividade. Aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*. Rescisão contratual informal. (0019905-32.2010.8.12.0001).....158

Ação Popular

Atos administrativos. Nulidade. Controle de constitucionalidade difuso. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. (0801011-64.2013.8.12.0002).....294

Ação Redibitória

Vício Oculto. Substituição de produto. Veículo "Zero KM". Defeito de fábrica. (0065386-18.2010.8.12.0001)..... 533

Acidente de Trânsito

Viatura corpo de bombeiros. Sinais luminosos e sonoros ligados. Código de Trânsito Brasileiro. Responsabilidade Civil do Estado. Evento danoso. (0022180-46.2013.8.12.0001).....597

Agravo de Instrumento

Obrigação de fazer. Indenização por danos materiais e morais. Entrega de obra. Projeto de edificação. Laudo de vistoria. Vícios de construção e execução. (1400492-41.2016.8.12.0000) 274

Alvará

Expedição de alvará. Menor impúbere. Avô materno. Extinção sem resolução de mérito. Intimação do Ministério Público. Nulidade da sentença. Interesse de incapaz. (0802465-52.2013.8.12.0011) 260

Bem de Família

Alienação judicial. Imóvel com finalidade residencial e comercial. Penhora de frutos e rendimentos. Direito de gozo sobre o bem. (1402226-27.2016.8.12.0000) 603

Benefício Previdenciário

Ação declaratória de inexistência de débito. Repetição de indébito. Danos morais. Dever de indenizar. Indígena. Devolução das parcelas. Forma simples. (0801004-36.2014.8.12.0035) 240

Ação de indenização securitária. Prévio requerimento administrativo. Presunção da existência da pretensão resistida. Exceção à regra geral. (0824339-55.2015.8.12.0001).....403

Aposentadoria por invalidez. Cessação de auxílio-doença. Honorários advocatícios. Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. (0800347-33.2013.8.12.0002).....615

Cargos em Comissão

Ação civil pública. Criação de cargos em comissão. Normas constitucionais. Tripartição de poderes. Concurso Público. (0011439-52.2011.8.12.0021) 594

Cheque

Suspensão de processo. Restituição de bens. Ilícito penal. Responsabilização do banco. Endosso. Assinatura de cheque. Responsabilidade objetiva. Culpa exclusiva da vítima. Honorários advocatícios. (0811938-92.2013.8.12.0001) 561

Contratos

Nulidade. Habilitação. Educação à distância. Telepresencial. Educação profissional. Conselho Estadual de Educação de Mato Grosso do Sul. (0801275-15.2012.8.12.0003) 389

Cumprimento de Sentença

Honorários advocatícios. Objeção de pré-executividade. Exceção de pré-executividade. Legitimidade ativa. Contrato de prestação de serviços. (0020055-30.1998.8.12.0002).....250

Dano Moral

Direito intertemporal. Ação de indenização. Corte indevido de serviço de telefonia. Dano moral *in re ipsa*. (0829635-92.2014.8.12.0001).....477

Indenização por danos morais. Corpo estranho em refrigerante. Não ingestão do produto. Mero aborrecimento. Dissabor da vida cotidiana. Teoria finalista aprofundada ou mitigada. Adoção de medidas administrativas. (0800312-49.2013.8.12.0010).....628

Indenização por danos morais. Dano *in re ipsa*. Envio de cartão de crédito. Súmula nº 532 do Superior Tribunal de Justiça. Prática abusiva. (0803764-72.2015.8.12.0018).....647

Indenização por danos morais. Hospital nosocômio. Fuga do paciente. Morte do paciente. Negligência. Dano *in re ipsa*. Princípio da razoabilidade. Princípio da proporcionalidade. (0802802-25.2014.8.12.0005) 105

Servidores em regime celetista. Regime Estatutário. Rescisão contratual. Recolhimento de benefício previdenciário. (0012334-13.2011.8.12.0021).....206

Desapropriação Indireta

Nulidade. Cerceamento de defesa. Desapropriação indireta. Terreno de propriedade particular. Área de Preservação Permanente – APP. (0005598-42.2012.8.12.0021).....556

Doação de imóvel

Ação de cobrança. Doação de imóvel. Desvio de finalidade. Revogação da doação do imóvel. (0801728-60.2015.8.12.0017) 245

Embargos de Declaração

Efeitos infringentes. Atualização monetária e dos juros de mora nas condenações da Fazenda Pública de natureza não tributária. Atualização com base em índices fornecidos pelos Tribunais. (0000083-04.2010.8.12.0051/50003) 431

Execução Fiscal

Sociedade de economia mista. Livre iniciativa e concorrência. Imunidade tributária recíproca. Requisitos constitucionais e legais. (0005089-87.2012.8.12.0029) 567

ICMS

Relação jurídica tributária. Comércio eletrônico. ICMS. Alíquota interestadual. Protocolo CONFAZ. (0032278-27.2012.8.12.0001).....289

Indenização

Concessionária de serviço de água e esgoto. Responsabilidade Objetiva. Interrupção do fornecimento de água. Equívoco. Não reparação dos danos materiais. Dano *in re ipsa*. Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. (0840058-14.2014.8.12.0001).....635

Imissão de Posse

Direito intertemporal. Legitimidade das partes. Litisconsórcio necessário. Prejudicialidade externa. Direito de propriedade. Perdas e Danos. (0002725-76.2010.8.12.0009) 465

Imposto sobre a Transmissão Onerosa de Bens Imóveis entre Vivos

Imposto sobre a transmissão onerosa de bens Imóveis entre vivos. Imunidade. Incorporação do bem para realização do capital social da empresa. Desenvolvimento de atividade preponderantemente imobiliária. Imunidade sob condição resolutiva. (0002881-91.2011.8.12.0021).....589

Improbidade Administrativa

Ação civil pública. Ato de improbidade. Programa de erradicação do trabalho infantil. Campanha eleitoral. Multa civil. (0000640-60.2010.8.12.0028).....607

Ação civil pública. Lei 8.429/1982. Inquérito civil. Licitação. Alegação de favorecimento de empresa de publicidade. Regularidade. Inexistência de dano ao erário. (0368828-84.2008.8.12.0001).....313

Ação civil pública. Lei de improbidade administrativa. Locação de imóvel. Dispensa indevida de licitação. (0801014-39.2011.8.12.0018).....234

Ação civil pública. Repercussão geral da matéria. Dispensa de licitação. Não configuração de aquisição fracionada de bens. Ausência de dano ao erário. (0000639-87.2009.8.12.0003) 409

Inventário

Inventário de bens. Pessoa indígena. Estatuto do índio. Manifestação do Ministério Público. Desnecessidade de juntada de Certidão de Óbito. Certidão de óbito lavrada pela Funai. Partilha do imóvel extrajudicial. Aplicação da tradição indígena. (0800721-39.2015.8.12.0015).....356

Investigação de Paternidade

Registro Civil. Pai biológico. Paternidade afetiva. Paternidade documental. Vínculo afetivo. Exame de DNA. (0002198-18.2010.8.12.0012).....283

Mandado de Segurança

Concurso Público. Direito à posse em cargo público. Réu em ação penal. Princípio da razoabilidade. Princípio da presunção de inocência. Trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (0801334-38.2014.8.12.0001) 081

Conduzir veículo sob influência de álcool. Infração administrativa. Crime de trânsito. Penalidade administrativa e criminal. Princípio do *non bis in idem*. (0800519-39.2014.8.12.0034) 210

ICMS. Índice de repartição dos Municípios. Divulgação de índices. Inadequação da via eleita. Súmulas nº 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Complexidade da matéria. (1413431-87.2015.8.12.0000).....581

Implantação de incorporação de gratificação de Delegado de Polícia Civil. Inadequação da via eleita. Redução dos subsídios. Ilegalidade da gratificação. Verbas *pro-labore facto*. Verbas *proptem personam*. (1415391-78.2015.8.12.0000).....120

Lei Estadual nº 1.352/1992. Comercialização de ingressos e eventos. Descontos promocionais. Meia entrada. Camarotes, locais especiais, áreas vips e congêneres. Crianças e adolescentes. (1400205-78.2016.8.12.0000)..... 229

Remoção de servidor público casado. Local de Residência do cônjuge. Interesse da Administração. (1404733-92.2015.8.12.0000).....514

Pensão por *Morte Ficta*

Ação indenizatória. Policial militar. Exclusão da corporação. Pensão por morte ficta aos dependentes. Cotas de vencimento. Impossibilidade de pensão vitalícia. (0015408-14.2006.8.12.0001).....199

Plano de Saúde

Ação revisional. Plano de Saúde. Reajuste da mensalidade. Faixa etária. Código de Defesa do Consumidor. Estatuto do Idoso. Abuso. (0839603-83.2013.8.12.0001) 216

Processo Administrativo Disciplinar

Penalidade de suspensão. Comprovação de ilegalidade. Descumprimento de Dever funcional. Princípio da reserva legal. Proibição de aplicação de analogia *in malan partem*. Ato vinculado. (1404425-56.2015.8.12.0000) 094

Reclamação Trabalhista

Indenização por danos morais. Demissão de professora. Discriminação pela opção sexual. Ausência de comprovação de conduta indecorosa. Ato ilícito. (0024685-78.2011.8.12.0001) 132

Recuperação Judicial

Remuneração do administrador e do auxiliar. Litisconsórcio ativo de grupo comercial. Controle difuso de constitucionalidade. Contrato de câmbio. Garantia fiduciária. Créditos não sujeitos à recuperação judicial. (1410151-11.2015.8.12.0000) 482

Registro de Casamento

Registro de casamento realizado no exterior. Certidão de Registro Civil. Autoridade consular. Supressão do Poder Judiciário. Traslado. Validade no território nacional. (0808663-98.2014.8.12.0002).....225

Reintegração de Posse

Princípio da instrumentalidade das formas. Aplicabilidade por analogia do § 3º do art. 515 do CPC/73. Ação de usucapião. Posse *ad usucapionem*. *Animus domini*. Composse. Esbulho. Indenização de benfeitorias. Indenização por fruição do imóvel. (0020456-46.2009.8.12.0001) 339

Tutela provisória. Direito de ocupação. Ocupação irregular de imóvel público. *Shopping* popular. "Camelódromo". Cessão de imóvel. (1402597-88.2016.8.12.0000).....154

Rescisão Contratual

Restituição de valores. Dano moral. Contrato de cessão de uso e locação. *Shopping Center*. Princípio da boa-fé contratual. Inadimplemento contratual. *Status quo ante*. (0826789-39.2013.8.12.0001) 139

Responsabilidade Civil

Danos morais. Responsabilidade objetiva do Estado. Conduta lesiva. Nexo de causalidade. Prisão indevida.

Expedição de mandado judicial. (0002923-06.2011.8.12.0001) 548

Indenização. Danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Via pública em obras. Ausência de sinalização local. Omissão do ente público. Teoria da culpa administrativa. Culpa subjetiva. (0800278-75.2012.8.12.0021) 540

Indenização. Danos materiais, morais e estéticos. Procedimento cirúrgico. Hemorragia. Intercorrência. Risco médico. Ausência de culpa do profissional. Ausência de especialista vascular de plantão. (0351724-79.2008.8.12.0001) 527

Testamento

Ação de anulação. Negócio jurídico. Ato testamentário. Testador vivo. (0801060-77.2015.8.12.0021) ...624

Tribunal de Contas

Ação declaratória de nulidade de decisão do Tribunal de Contas. Agente político. Patrimônio público. Atividades públicas. Legislação orçamentária e financeira. (0803059-45.2013.8.12.0018) 264

Verbas Trabalhistas

Ação de cobrança. Fundo de garantia por tempo de serviço. Impossibilidade de cobrança na Justiça Estadual. CLT. Nulidade da contratação. Lei complementar municipal. (0801771-58.2014.8.12.0008).....395

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apropriação Indébita

Agravante. Advogado. Falsidade ideológica. Fé Pública. Princípio da consunção. Concurso de crimes. Prestação pecuniária. Recomposição do dano. (0001989-41.2008.8.12.0005) 762

Comutação de Pena

Falta grave. Comutação de pena. Regressão cautelar do regime. Erro material. Remição. Supressão de instância. (0033002-26.2015.8.12.0001) 677

Conflito de Jurisdição

Conflito negativo de competência. Crime de ameaça. Vara da Violência Doméstica e Familiar. Aplicação da Lei "Maria da Penha". Violência genro contra sogra. Parentesco por afinidade. (0001709-02.2015.8.12.0110) 757

Crime Ambiental

Recebimento da denúncia. Rejeição da denúncia. Preclusão *pro judicato*. Prescrição da pretensão punitiva. (0802397-16.2015.8.12.0017).....777

Crimes contra a Administração Pública

Câmara Municipal. Afastamento de cargo público. Efetivação das medidas de busca e apreensão e oitivas. Anulação das investigações. (1401560-26.2016.8.12.0000) 860

Crime contra a Ordem Tributária

Trancamento da ação penal. Justa causa. Atipicidade de conduta. Súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. Processo administrativo fiscal. Lançamento de crédito fiscal. (1405202-07.2016.8.12.0000)..... 797

Crime contra as Relações de Consumo

Reforma da sentença absolutória. Comprovação de materialidade e autoria. Desnecessidade de prova técnica. (0000251-24.2008.8.12.0003) 707

Sentença absolutória. Provas suficientes. Aplicação da teoria do domínio do fato. Dolo evidenciado. Exasperação preservada. (0032577-43.2008.8.12.0001) 865

Crime de Perigo Comum

Incêndio. Fogo em casa habitada. Desclassificação para delito de dano qualificado pelo uso de inflamável. (0008033-51.2009.8.12.0002).....828

Denúncia

Direito processual penal. Recebimento de denúncia. Princípio da segurança jurídica. Aplicação da teoria da asserção. Absolvição sumária. (0802376-40.2015.8.12.0017) 841

Estrito Cumprimento do Dever Legal

Lesão corporal. Abuso de poder. Fiscalização policial. Excludente do estrito cumprimento do dever legal. Disparo de arma não letal. (0032464-16.2013.8.12.0001) 834

Furto

Tentativa. Princípio da insignificância. Valor ínfimo do bem. Poder econômico da vítima. Crime de receptação. (0035000-63.2014.8.12.0001) 692

Homicídio Qualificado

Contraditório. Ampla Defesa. Quebra de sigilo telefônico. Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. (0000410-13.2014.8.12.0049).....715

Impronúncia. Juízo de prelibação. Indícios de autoria e materialidade. Submissão ao Conselho de Sentença. (0006016-66.2014.8.12.0002).....753

Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações

Facilitação de registro e regularização dos veículos. Agência do Detran local. Ausência da elementar do crime. Irregularidades administrativas. (0001065-25.2013.8.12.0047).....850

Personalidade do Agente

Quadrilha. Latrocínio. Ocultação de cadáver. Corrupção de menores. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Tráfico de entorpecentes. Circunstância judiciais do art. 59 do Código Penal. Majoração. (0049977-31.2012.8.12.0001/50001) 654

Tráfico de Entorpecente

Absolvição. Insuficiência de provas. Vínculo associativo. Interestadualidade. Extensão de benefícios ao coacusado. (0006424-34.2013.8.12.0021).....665

Apreensão de apetrechos. Segundo crime. Vedação *bis in idem*. Absolvição. (0002485-60.2010.8.12.0018) 685

Associação. Organização Criminosa. *Societas scelaris*. Tráfico interestadual. Causa de aumento. Majorante. (0002745-95.2014.8.12.0019).....807

Flagrante forjado. Inexistência de provas. Fase inquisitorial. Nulidades. Livre apreciação da prova. (0006767-30.2013.8.12.0021).....738

Posse ilegal de substâncias. Ínfima quantidade. Posse para uso próprio. Art. 28 da Lei 11.346/06. Denúncia rejeitada. Princípio da Insignificância. Lesão ao bem jurídico tutelado. (0002429-03.2014.8.12.0110).....874

Suporte à traficância. Medidas cautelares diversas da prisão. Prisão preventiva. Periculosidade dos agentes. (1404202-69.2016.8.12.0000).....730

Remição da Pena

Execução Penal. Trabalho externo. Iniciativa privada. Reeducando sócio da empresa. Confusão. Crime hediondo. Comutação da pena. (0001044-31.2016.8.12.0019) 699

Perda dos dias remidos. Exame criminológico. Supressão de instância. Preclusão *pro judicato*. Falta disciplinar. (0006931-24.2015.8.12.0021).....881

Restituição de Coisa Apreendida

Apreensão. Limites da decisão judicial. Prova da legítima propriedade. Bens de terceiro. Perdimento de bens. (0802221-35.2014.8.12.0029) 820

Roubo

Roubo Circunstanciado. Desclassificação. Teoria da *Amotio*. Posse mansa e pacífica. Consumação. (0019853-60.2015.8.12.0001).....824