Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 37 - n. 202
Outubro a Dezembro de 2016



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 37 - n. 202 - Outubro-Dezembro de 2016

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 37, n. 202

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. 202 (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)

Des. Alexandre Bastos

SUMÁRIO

Doutrina

NECESSIDADE DA PENA E LEI MARIA DA PENHA

José Henrique Kaster Franco 007

A PROBLEMÁTICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Gilberto Ferreira Marchetti Filho, Jenifer Bacon Assumpção e Jônatas Luiz Moreira de Paula..... 012

SISTEMA PRISIONAL: AQUILO QUE FUNCIONA E AQUILO QUE NÃO FUNCIONA

José Henrique Kaster Franco 028

Jurisprudência Cível..... 031

Jurisprudência Criminal..... 600

Noticiário..... 790

Índice Onomástico..... 876

Índice de Assuntos..... 882

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



NECESSIDADE DA PENA E LEI MARIA DA PENHA

José Henrique Kaster Franco[1]

Sumário: I. INTRODUÇÃO. II. A PENA É SEMPRE NECESSÁRIA? III. CONCLUSÃO. IV. REFERÊNCIAS.

Resumo: O artigo propõe alternativas a aplicações desnecessárias de pena no âmbito da Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Necessidade da pena. Condenações desnecessárias. Lei Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

Nem todos os agentes que praticam fato típico e ilícito merecem punição.

A prática forense está repleta de casos em que o juiz vê-se obrigado a aplicar uma pena que já não faz mais sentido.

Este artigo trata deste determinismo que engessa o juiz e o obriga a agir, mesmo quando está a aplicar uma pena despida de qualquer fim.[2]

2 A PENA É SEMPRE NECESSÁRIA?

O senso comum em Direito Penal indica que se o agente cometeu o fato típico e ilícito, aplica-se a pena. Não se questiona se a sanção é útil, ou mesmo se é contraproducente, prejudicial à pacificação social almejada pelo direito.

A análise histórica da relação entre o Direito Penal e as penas demonstra que o próprio conceito de Direito Penal já sugere uma relação necessária de causa e efeito, pois a esse ramo do direito tocaria regular as normas correspondentes à prática de determinados fatos dos quais decorre naturalmente a aplicação de uma pena.[3]

1 Mestre e Doutorando em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCrim e em Ciências Penais pela Unisul/SC. Professor do programa de pós-graduação da PUC/PR e da ESMAGIS/MS. Magistrado.

2 Não trataremos aqui do chamado "Princípio da Bagatela Imprópria". Segundo seu mais notório defensor, Luiz Flávio Gomes, o juiz estaria autorizado a deixar de aplicar a pena quando esta se mostra desnecessária, tudo com base no artigo 59 do Código Penal. Entendemos, contudo, que as determinações do artigo 59 servem apenas para auxiliar o juiz na tarefa de fixar a pena entre os limites mínimo e máximo do tipo penal, mas não autorizam que se deixe de aplicá-la. O inciso II do artigo em questão não deixa margem para outro entendimento. O "Princípio da Bagatela Imprópria", ao que parece, centra-se em argumentos de política criminal (justos, que se deixe claro), mas nos parece assistemático. Conferir: GOMES, L.F. *Princípio da Insignificância e outras excludentes da tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96-7.

3 COSTA. Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal.** São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p.25-41.

Mas é necessário sempre examinar essa relação determinista, o que não significa exigir do juiz uma postura de legislador, de desprezo à lei. O juiz deve obediência, antes de tudo, à Constituição da República, e esse dever passa por uma aplicação consciente da lei, entendida como instrumento de consecução dos fins democraticamente consagrados no ordenamento jurídico.

Casos nos quais a aplicação de pena não é mais necessária não são ficção, mas povoam a realidade da Justiça Brasileira. Essa desnecessidade também se dá no âmbito da Lei Maria da Penha, não obstante a relevância dos bens jurídicos ali tratados.

Quando o agente, a quem se atribui um fato isolado, comparece com sua companheira na audiência de instrução e julgamento e comprova não só que reataram, mas que convivem juntos há longo período e sem contratempos, e ainda que passou por tratamento contra o alcoolismo, a aplicação de pena é mesmo a solução mais adequada?[4]

A necessidade é condição inafastável da aplicação da pena. A pena desnecessária é inconstitucional, porque fere os princípios do Devido Processo Legal Substancial, da Proporcionalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Humanidade e também do próprio Estado Democrático de Direito, no âmbito do qual as intervenções promovidas pelo Direito Penal são admitidas enquanto persigam fins sociais.

A preocupação com a necessidade para aplicação da pena é antiga, mas no Iluminismo tomou consistência, permeando as obras de pensadores como BENTHAM e BECCARIA[5], para quem as penas que ultrapassam a necessidade de conservar a paz pública são "injustas por sua natureza". CARRARA[6], em 1859, advertia que o Direito Penal é socialmente útil, desde que "o mal que inflige não exceda às necessidades da tutela". Qualquer excesso, segundo o mestre italiano, constitui prepotência e tirania.

Mas para enfrentar esse determinismo é necessário um passar de olhos sobre um momento paradigmático do Direito Penal, que se convencionou denominar de "crise da culpabilidade". Segundo a visão tradicional de culpabilidade, baseada sobretudo no finalismo de WELZEL[7], depois de constatada a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, a pena é merecida, "salvo quando é exigida a concorrência de uma condição objetiva de punibilidade ou a ausência de uma causa pessoal de exclusão da pena", isto é, a pena em regra é consequência inexorável do crime (FATO TÍPICO + ILÍCITO + CULPÁVEL = PENA).

A partir da década de 1960, o Direito Penal passou a ser impregnado por teorias preventivas da pena e por questionamentos funcionalistas, e nesse contexto parte da doutrina passou a agregar às categorias do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) finalidades de política criminal.

Questionou-se incisivamente o conceito de culpabilidade fundamentado no livre-arbítrio defendido pela Escola Clássica, pois a liberdade que deveria permear o poder-agir-de-outro-modo, segundo os autores funcionalistas, seria indemonstrável e, portanto, não passaria de mero simbolismo. Esse conceito desgastado de culpabilidade passou a ser substituído, ou ao menos complementado, pela necessidade preventiva da pena. Não bastava mais a prática da conduta típica, ilícita e culpável, não bastava mais que a pena fosse merecida. Deveria ser merecida e necessária.

4 NUCCI sintetiza a angústia que algumas situações excepcionais causam ao operador do direito, pois, segundo o autor, "continua o legislador brasileiro arraigado à posição de que a pena tem o caráter primordial de castigo, pois não abre mão de impor um limite mínimo para as sanções penais. Raciocinando-se assim (pena = castigo), sem levar em consideração o caráter reeducativo que ela deveria possuir, em primeiro plano, ao criar tipos penais, na chamada individualização legislativa, impõe-se sempre um mínimo que o juiz deve aplicar ao réu, mesmo que ele, por alguma razão, já não precise daquela sanção. É a aplicação compulsória do castigo. Assim, para quem cometa um furto simples, o mínimo possível é de 1 ano de reclusão. E, se no caso concreto, verificar o juiz que o autor do fato praticou a conduta em momento de desespero (não em estado de necessidade), arrependendo-se profundamente e mudando por completo a sua vida após o cometimento da infração penal?".**Código penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 413.

5 **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008, p. 34.

6 **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Vol. 1. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Ed. LZN, 2002, p. 27.

7 **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

A ideia central é a de que o Direito Penal, dirigido a fins de política criminal, não deve bastar-se em si, não deve estar encerrado em sua própria coerência dogmática, antes deve buscar legitimidade no desempenho da função social de salvaguarda de bens jurídicos mediante a prevenção de delitos. E se o Direito Penal deve cumprir uma função social, a pena só é legítima se também guarda utilidade. A pena desnecessária não serve aos fins de pacificação perseguidos pelo Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

A equação crime-pena, nesse novo enfoque funcionalista, passou a ser efetivamente combatida, justamente porque não deveria mais traduzir um determinismo absoluto, isto é, o autor de um ilícito, se não houver necessidade, não deve ser punido. A pena, mesmo merecida, aplicável a uma conduta típica, ilícita e culpável (no sentido welzeliano) pode deixar de incidir se desnecessária em termos de prevenção.

Uma das consequências mais relevantes desse novo enfoque funcionalista está na constatação de que a necessidade constitui um elemento comum entre as teorias da pena e as categorias do delito. É dizer que as funções da pena e as categorias do delito, especialmente a culpabilidade, passam a trabalhar juntas, e não mais em planos incomunicáveis.

A ausência de necessidade preventiva pode afastar, de acordo com o enfoque considerado, a própria culpabilidade, como para SILVA SÁNCHEZ. Ou então afastar uma nova categoria do delito, chamada de "responsabilidade" por ROXIN, ou simplesmente de "necessidade da pena", por BERND SCHÜNEMANN.

SILVA SÁNCHEZ[8] considera a culpabilidade como um conceito amplo, que engloba tanto considerações preventivas como outros instrumentos de limitação, pois a decisão pela qual se conclui que um "fato é culpável, ou não, é uma decisão mista, sintética, na qual incidem considerações preventivas do mesmo modo de considerações garantísticas, que podem incluir a igualdade, a humanidade, a condescendência ante às debilidades humanas etc."

Mais conhecida é a posição de ROXIN[9], que constrói uma nova categoria do delito, denominada "responsabilidade", soma da culpabilidade com as necessidades preventivas. Para o catedrático de Munique, "aquilo que normalmente chamamos de exclusão da culpabilidade se funda em parte na ausência ou redução da culpabilidade, mas em parte em considerações preventivo-gerais e especiais sobre isenção de pena. Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva da pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de 'culpabilidade', mas 'responsabilidade'. Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto - de qualquer maneira essencial - daquilo que denomino 'responsabilidade'."

ROXIN não substitui a categoria da culpabilidade por considerações preventivas. A culpabilidade ainda desempenha seu papel limitador, agora maximizada por componentes político-criminais. Trata-se de dupla limitação, seja pela reprovação pessoal ínsita à culpabilidade, seja pela exigência de necessidade da pena.

Para ROXIN, o problema de punir-se sem necessidade reside justamente na incompreensão dos fins da pena. A questão central repousa na displicência quanto à análise consciente de todos os fins a que a pena deve se dirigir, porquanto o operador do direito não consegue desvincular-se da pena simplesmente como castigo, como retribuição. Daí a relevância em se exigir uma postura finalística do operador do direito, essa entendida como dever de assunção de responsabilidade por estar aplicando algo destinado a alcançar determinados fins consentâneos com o Estado Democrático de Direito.[10]

8 **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 410.

9 **A culpabilidade e sua exclusão no direito penal.** *In*: FRANCO; NUCCI (Orgs.). **Doutrinas essenciais: direito penal**. Vol. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 206-207.

10 Sobre a renitência da doutrina em não trabalhar efetivamente com os fins da pena, ROXIN esclarece que "essa transposição [fins da pena para as categorias do delito] deveria, em verdade, ser algo óbvio, uma vez que a categoria da responsabilidade decidirá, em princípio, sobre a punibilidade do autor, devendo ali valer unicamente aquilo que é indicado pela teoria dos fins da pena. Se a doutrina tradicional, após o injusto, somente analisa se está presente a 'culpabilidade' do autor, isto é consequência de uma concepção outrora dominante, hoje de há muito ultrapassada, a respeito dos fins da pena, que faz tudo depender da mera retribuição, exigindo a punição também nos casos em que, presente a culpabilidade, inexista qualquer necessidade social para tanto. Quase ninguém defende um tal posicionamento hoje, mas as consequências dogmáticas de uma tal mudança de concepção ainda hoje necessitam ser reconhecidas." **A culpabilidade e sua exclusão no direito penal**, cit., p. 208.

Não há dúvida de que a necessidade da pena vem sendo bem trabalhada nos países europeus, e deve ser incorporada definitivamente a qualquer ordenamento jurídico que se entenda por democrático, máxime se deita raízes na dignidade da pessoa humana, como o Brasil. Com essa incorporação das necessidades preventivas às categorias do delito, casos extremos de desnecessidade de aplicação da pena ensejam a exclusão da culpabilidade ou, conforme a nomenclatura que se utilize, da "responsabilidade" ou da "necessidade da pena" como novas categorias do delito.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira já trabalham com construções desenvolvidas por funcionalistas, como o Princípio da Insignificância. Hoje é consenso que aquelas condutas de menor relevância, que não atingem sobremaneira o bem jurídico protegido, não merecem a atenção do Direito Penal. Ao absolver um determinado réu com base no Princípio da Insignificância, os tribunais agregam preocupações preventivas à categoria da tipicidade. A tipicidade não é mais examinada de forma insulada, agora é permeada por imperativos de política criminal.

Esta preocupação em transcender os aspectos meramente dogmáticos das categorias do delito, em verdade, não nasceu apenas com a aceitação do Princípio da Insignificância em terras brasileiras. Há décadas, nossa melhor doutrina, acompanhada de farta jurisprudência, admite a existência de causas supralegais de exclusão da culpabilidade, como a conhecida "inexigibilidade de conduta diversa", o que significa dizer que o Direito Penal em nosso país sempre esteve, e ainda está procurando comunicar-se com o mundo real, que exige respostas adequadas aos propósitos constitucionais.

3 CONCLUSÃO

Admitindo-se que a necessidade da pena já permeie a ideia de culpabilidade, a ausência daquela significa a ausência desta. Se não houver necessidade, não há culpabilidade.

Já passa da hora de ser encampada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira a preocupação com as penas desnecessárias, que depõem contra a própria razão de ser do Direito Penal.

Construções de origem eminentemente funcionalistas, como o Princípio da Insignificância, já são lugar comum no direito brasileiro. É chegada a hora de avançar para a culpabilidade, fazendo do Direito Penal um meio de prevenção de crimes que não descura, em momento algum, da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008.

CARRARA , Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Ed. LZN, 2002. v. 1.

COSTA. Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes da tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Código penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **A culpabilidade e sua exclusão no direito penal**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 4.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

WELZEL, Hanz. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

A PROBLEMÁTICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Il problema della stabilizzazione di di carattere antecedente

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]

Jenifer Bacon Assumpção[2]

Jônatas Luiz Moreira de Paula[3]

Resumo: A problemática da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente. A antecipação de tutela diz respeito à imediata concessão dos efeitos executivos *latu senso* do provimento final. Segundo o Código de Processo Civil vigente, em casos de urgência, o pedido inicial de tutela antecipada poderá ser superficial, versando apenas sobre a situação de urgência, sem debater toda a matéria controvertida. Posteriormente, a petição inicial poderá ser aditada, para então completar toda a matéria a ser discutida no processo. Caso o réu não demonstre seu inconformismo a um eventual provimento de antecipação de tutela, seus efeitos serão estabilizados. Após o prazo para insurgir-se contra essa decisão, ele se torna definitiva. Várias são as problemáticas suscitadas dessa novidade jurídica, a serem o objeto da presente reflexão.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Tutela de urgência. Tutela antecipada de caráter antecedente. Estabilidade. Requisitos.

Riassunto: Il problema della stabilizzazione di di carattere antecedente. L'anticipazione di tutela dice rispetto a una subita concezione degli effetti esecutivi lato senso del provvedimento finale. Secondo il Codice di Processo Civile in vigore, in casi di urgenza, la richiesta iniziale di tutela anticipata potrà essere superficiale, contenendo soltanto la situazione di urgenza, senza menzionare tutta la questione controversa. La richiesta iniziale verrà, in un secondo momento, completata con tutta la questione ad essere discossa nel processo. Caso l'mputato non dimostre il suo disaccordo ad un evventuale provvimento di anticipazione di tutela, suoi effetti stabilizaranno. Dopo il termine per insorgersi contro la decisione, lei tornasi definitiva. Varie sono le problemmatiche suscitate di questa novità giuridica, ad essere l'obietto della presente riflessione.

Parole-chiavi: Codice di Processo Civile 2015; tutela di urgenza; tutela anticipata di carattere antecedente; stabilità; requisiti

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 pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná. Mestranda em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogada. jeniferbaccan@hotmail.com

3 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

INTRODUÇÃO

A ciência processual deve garantir que o processo seja meio apto a realizar direitos de forma útil e efetiva, principalmente em peculiares circunstâncias urgentes, em que o não pronunciamento judicial comumente resultaria numa situação de injustiça.

Trata-se de circunstâncias especiais, em que a celeridade assume papel de destaque. Seguindo essa tônica, um dos propósitos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil consubstanciou-se em reforma legislativa no tocante às tutelas de urgência.

Assim, o resultado foi o Código de Processo Civil de 2015, que criou o instituto da tutela antecipada em caráter antecedente, que deve versar somente a respeito da urgência, relegando a um segundo momento a inteireza da controvérsia em questão, quando o autor teria a possibilidade de aditar o pedido inicial, desta vez com todos os pontos a serem analisados e, com isso, dotando a exordial da robustez argumentativa a ela inerente.

Desta forma, com o novo diploma processual, num primeiro momento, a análise seria sumária e, com base nela, seria possível conferir provimento ao pedido, ou antecipar a tutela. Contudo, o direito de ter sobre seu pedido, uma análise de cognição exauriente não seria suprimido, vez que, após o aditamento da inicial, o processo tomaria seu curso normal.

Não obstante, a nova lei foi além, trouxe ainda a possibilidade de, considerada a inércia do réu diante da antecipação do pedido, estabilizar os efeitos do pedido antecipado. Ou seja, pela Processual Civil, o autor pode (i) indicar apenas o pedido urgente; (ii) ver deferida a antecipação do pedido; e ainda, (iii) ter estabilizados os efeitos dessa antecipação.

Dessa significativa novidade processual, vários questionamentos podem (e devem) surgir, a respeito dessa inércia e da estabilização dos efeitos, bem como a possibilidade de formação de uma nova espécie de coisa julgada.

Propõe-se aqui, formular uma despretensiosa base jurídica a fim de iniciar a discussão suscitada, e, em sede de conclusão, sugerir algumas ponderações necessárias, com a viva consciência de que somente o devido aprofundamento dogmático aliado à reiterada prática forense serão capazes de determinar a melhor solução à matéria.

1 A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Para que o debate sobre a celeuma seja galgado em proposições cediças, unívocas, de feição científica, torna-se imprescindível lançar-se mão de estudos relativos à essência de cada tema jurídico envolvido na questão, como efetividade, celeridade, definitividade, cognição, e a origem das próprias alterações legislativas referentes à antecipação de tutela.

Em relação à efetiva prestação da tutela jurisdicional, sabe-se que se trata de função essencial à administração da justiça, para o fim de apreciar as pretensões que lhe são submetidas e, como resultado, prover a realização do direito material nela reconhecido. Segundo Fritz Baur, "somente procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade"[4].

4 BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. São Paulo: Fabris, 1985. p. 65.

> Essa coincidência traz à atividade estatal e aos litigantes o perigo da tutela tardia, o perigo da demora da resposta judicial e sua conseqüente ineficácia prática e absoluta inutilidade para o jurisdicionado. Põem-se em risco a efetividade e seriedade da atividade jurisdicional e, por conseqüência, os direitos dos litigantes. Foi justamente para garantir a qualidade da atividade judicial e manter a legitimidade do Poder Judiciário que o legislador precisou elaborar, estruturar e disponibilizar meios de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, sempre que verificada alguma situação que a ameace.[5]

A ciência processual abandonou a ideia de que a simples prestação jurisdicional consubstanciada numa sentença de mérito, seria suficiente a caracterizar a outorga da tutela almejada pela parte, "passando a agregar a esse conceito as noções de utilidade e efetividade como elementos dessa tutela"[6]. Caso a realização do direito em questão seja tardia, a efetividade da tutela jurisdicional seria comprometida e o fim de sua prestação não alcançado.

Nesse sentido, ensina Ernane Fidelis dos Santos que:

> Se o direito existe para garantir o gozo de um bem da vida, o tempo poderá frustrar-lhe a própria existência, quando, em virtude dele, não poder ser exercido a contento. Quando o direito é molestado, ameaçado ou contestado, com a proibição da justiça privada, o pretendente deve buscar do Estado a respectiva tutela jurisdicional.[7]

Trilhando nesse caminho, segundo Nelson Luiz Pinto, a prestação jurisdicional deve consubstanciar-se, dentre outros fatores, num "pronunciamento judicial emanado da autoridade competente dado a favor de quem esteja amparado no plano do direito material, de modo a ser útil e efetivo, assegurando-lhe a existência e o exercício"[8]. Para José Carlos Barbosa Moreira, "será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material".[9]

O tempo é um inimigo indelével da efetiva realização do direito material, e, portanto, deve merecer tratamento jurídico específico, sob pena de transformar a prestação jurisdicional em uma atividade inócua e com isso, colocar em xeque a credibilidade do Poder Judiciário e do próprio ordenamento jurídico vigente, perante o meio social por ele regulado.[10]

2 COGNIÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A análise acerca da teoria da cognição do juiz em planos no processo civil, defendida por Kazuo Watanabe[11], indica que se pode estudar a cognição em duas direções. Uma diz respeito ao sentido horizontal que determinará a cognição plena ou parcial do objeto, enquanto a segunda cita o sentido vertical voltado à cognição exauriente, sumária e superficial.

5 SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de processo**. n. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 28. p. 74.

6 PINTO, Nelson Luiz. A antecipação da tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

7 SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novíssimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 19.

8 PINTO, Nelson Luiz. Op. cit. p. 43-44.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 181.

10 A esse respeito, Cruz e Tucci afirma que "o tempo constitui importantíssimo vetor no plano do direito material" e "são notórios os reflexos do tempo na órbita do processo judicial". Assim, "intolerável duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais". "Imprescindível, destarte, que se desfira obstinada luta contra o tempo, que é implacável inimigo do processo", porquanto "é certo que no processo, como vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça". (In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo. São Paulo: RT, 1997. p. 141-146.)

11 WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000. p. 51.

Segundo Kazuo Watanabe "a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes"[12] e pode inequivocamente ser considerada uma forma de técnica processual tendente à construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.

Na cognição horizontal, os limites são impostos pelos elementos objetivos do processo, como pressupostos processuais, condições da ação e o mérito, podendo ser plena ou parcial, segundo a extensão da apreciação do juiz. No primeiro caso – plena –, todos os elementos objetivos acima citados serão objetos da atividade cognitiva do juiz. Já no segundo caso – parcial –, somente um ou alguns desses elementos objetivos serão apreciados.

Em relação à vertical, classifica-se a cognição quanto à profundidade em exauriente, sumária e rarefeita. No primeiro caso – exauriente –, o juiz firma seu convencimento pautado num juízo de certeza. No segundo – sumária –, esse convencimento é consubstanciado num juízo de probabilidade ou plausibilidade do direito. Por fim, no terceiro– cognição rarefeita –, pouco há de atividade cognitiva do magistrado, eis que sua atividade será, em suma, a execução de um título anteriormente perfectibilizado.

> O procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade – ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa – mas deixa de lado o valor "justiça material".[13]

A cognição sumária limita-se a conhecer o provável ou plausível, porquanto se volta ao juízo de probabilidade e verossimilhança. O plano vertical, direcionado à atividade sumária, classifica-se quanto ao que objetiva: a) assegurar a viabilidade da realização de um direito[14]; b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito[15]; c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito[16]; d) realizar antecipadamente um direito[17], quando este surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo.[18]

Ao contrário do que se possa pensar, a sumarização da cognição não depende da cronologia do provimento jurisdicional, mas sim da relação entre os fatos que se busca afirmar e as provas capazes de prová-los. Na tutela sumária, o juiz não declara, mas apenas se reporta à probabilidade do direito existir. Equivale dizer que não haverá óbice algum ao juiz decidir, após cognição exauriente, que aquele direito sumariamente provido não existe[19].

3 SATISFATIVIDADE X DEFINITIVIDADE

A tutela satisfativa pode se direcionar a uma tutela provisória ou definitiva. Essa última somente poderá existir após atividade cognitiva exauriente, pois a tutela definitiva é imutável, apta a perpetuar seus efeitos e a consolidar a situação jurídica objeto de apreciação, mediante a entrega da prestação jurisdicional.

Deve-se ressaltar, segundo Luiz Guilherme Marinoni, que "há no procedimento comum, um enorme conflito entre o direito à cognição definitiva (direito de defesa) e o direito à tempestividade da

12 Ibidem. p. 41.
13 MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 32.
14 Tutela cautelar do art. 301, 305 e ss, do CPC.
15 Tutela de urgência fundada no art. 300, do CPC.
16 Liminares de determinados procedimentos especiais, como nas ações possessórias.
17 Tutela da evidência fundada no art. 311, do CPC.
18 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 34.
19 Fato esse que faz surgir inclusive o dever de reparar os prejuízos da parte adversa, na forma do art. 302, do CPC.

tutela jurisdicional"[20]. Assim, para proteção do autor que tem razão e do próprio direito tutelado na ação, a atividade jurisdicional deve ser realizada em concomitância de atos de natureza cognitiva e executiva.

Para tanto, é imprescindível que os institutos processuais postos a serviço da efetividade sejam interpretados de acordo com o espírito que influenciou as reformas do Código de Processo Civil.

A tutela jurisdicional é dividida em satisfativa (reparatória e preventiva) e cautelar. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[21] suscita a contraposição existente entre cautelaridade e satisfatividade, indicando a impossibilidade do pedido cautelar ser satisfativo, pois a cautelaridade é contraposta à satisfatividade porque essa é capaz de realizar o direito material. Quando há satisfação do direito não há cautelaridade.

A atividade jurisdicional depara-se com o empecilho do tempo necessário ao desenvolvimento e prática de todos os atos tendentes à efetividade do processo, pois o momento predisposto pelo procedimento para a concessão da tutela na maioria das vezes se distancia substancialmente do momento em que deva ela ser prestada com critérios de justiça.

Direcionada às situações urgentes, que demandam imediata intervenção judicial, sob pena de se concretizar a inefetividade do provimento final, foi criada a chamada tutela de urgência, que se utiliza dentre outras, de duas técnicas diferenciadas para a sua atuação: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

4 A TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipatória, de maneira festejadíssima, nasceu de uma reforma impulsionada pelos valores celeridade, efetividade, mediante cognição sumária. Tutela antecipada segundo Nelson Nery Júnior, "é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total, ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos"[22].

Dentre todas as alterações legislativas trazidas pelas reformas processuais, ressalta Cândido Rangel Dinamarco que:

> A mais genérica e festejada é a do novo art. 273 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz, à base de uma razoável probabilidade do direito do demandante, dar-lhe desde logo uma tutela provisória, da mesma natureza da que poderá ser outorgada a final. Elimina-se a espera pela cognição exauriente e se oferece desde logo ao demandante a fruição do bem ou situação jurídica que veio pleitear através do processo. Com isso, neutralizam-se manobras do demandado visando ao retardamento da tutela (art. 273, II) ou, de todo modo, poupa-se o demandante de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação (art. 273, I).[23]

Assim, a reforma processual de 1994 acabou por conferir nova redação ao artigo 273 do CPC, e inseriu no sistema vigente a antecipação de tutela através da Lei 8.952/94.

> Art. 273. 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:

20 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997. p. 26.

21 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 74.

22 NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 546.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

> I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.
>
> § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
>
> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.
>
> § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.
>
> § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
>
> § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.
>
> § 6º A tutela antecipada poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles mostrar-se incontroverso.
>
> § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

O espírito da lei que modificou tal artigo para o fim de inserir a antecipação de tutela fundou-se na ideia de que antecipar efeitos práticos era arma poderosa no sentido de se assegurar a efetividade jurídica do provimento, pois teria o condão de tornar mais próxima possível a situação conferida pela lei e que seria alcançada espontaneamente, pelo simples cumprimento do dispositivo legal.

Ensina José Eduardo Carreira Alvim que:

> O processo cautelar, ao longo de mais de duas décadas, produziu excelentes resultados, mostrando-se o instrumento adequado para dar resposta às prestações jurisdicionais de urgência, fora dos estreitos limites do mandado de segurança. Além disso, mostrou-se fecundo de experiências – mormente depois do advento da nova Constituição, com o abuso de leis temporárias, veiculadas por medidas provisórias do Executivo, o que permitiu aos tribunais traçar-lhe perfil mais ou menos definido, inclusive no campo da tutela satisfativa. Foram essas experiências, colhidas na prática diuturna dos tribunais, que permitiram o florescimento das idéias de *antecipação da tutela* e *tutela liminar* fora dos lindes estritamente cautelares, afinal consagradas pela recente reforma processual.[24]

Sabe-se que vários países consagram o instituto da antecipação de tutela. Na Europa Ocidental, a tutela antecipada é uma das modalidades da tutela cautelar.[25] No Brasil, no entanto, em seu período embrionário, a antecipação de tutela chegou a sofrer resistência por parte da doutrina. Ovídio Araújo Baptista da Silva asseverou que:

> A introdução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações

24 ALVIM, José Eduardo Carreira. **A antecipação de tutela na reforma processual**. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Op. cit. p. 55. Grifos no original.

25 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12-15.

> de julgamento, idôneas para provocarem tutela antecipatória, pressupõem demandas que contenham, conjugadas e simultâneas, as atividades de conhecimento e execução.[26]

A crítica embasava-se no paradoxo: cognição sumária x satisfatividade, pois a antecipação da tutela tem o condão de prover de imediato a satisfação pretendida em tutela final, sem exercer a cognição exauriente necessária. No mesmo sentido, a satisfatividade da tutela cautelar, até então utilizada com finalidade de antecipação de tutela, era igualmente objeto de críticas ferrenhas. Tanto pelo desvirtuamento da natureza acessória/assecuratória da cautelar, quanto pela impossibilidade de "satisfazer-se um direito" mediante tutela cautelar.

A tutela antecipatória exige requisitos mais rígidos à sua concessão, pois uma vez satisfeito total ou parcialmente a pretensão *in judice*, o retorno ao *status quo ante* pode tornar-se remoto, além de pretender os próprios efeitos finais do processo, muito além do caráter acessório/instrumental da tutela cautelar.

Tanto por isso, a antecipação de tutela possui as características de revogabilidade e provisoriedade, pois o juiz está legalmente autorizado a revogar ou modificar a tutela concedida a qualquer tempo, segundo o que preceituava o § 3° do art. 273 do Código do Processo Civil, por se tratar de tutela concedida com base em cognição sumária. De outra via, o juiz também pode conceder a antecipação antes negada, desde que, por óbvio, preenchidos os requisitos faltantes.

A profícua polêmica doutrinária direcionou-se a variados aspectos da antecipação de tutela. Como exemplo, cita-se as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, para quem:

> É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício "*de outro que pareça provável*". O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O *direito improvável* é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável. O monografista fala da coexistência entre o *principio da probabilidade* e o *da proporcionalidade*, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da *irreversibilidade*, expressamente vetados pela lei vigente (art. 273, § 2°).[27]

Havia dificuldade de conciliação entre o caráter satisfativo da antecipação tutela e a própria reversibilidade exigida para a sua concessão, principalmente ao se denotar que ao mesmo tempo duas condições deveriam persistir: alcance dos efeitos da sentença final e possibilidade de restabelecimento da situação inicial.

Nesse sentido, elucida Cândido Rangel Dinamarco que:

> Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que a concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu.[28]

Posteriormente, sedimentou-se entendimento de que o risco de irreversibilidade é inerente à antecipação de tutela e aflige ambas as partes, pois pode derivar tanto da concessão, como da não concessão da tutela e uma visão extremamente rigorosa do § 2º do art. 273 do CPC poderia resultar em indevido óbice à prática da antecipação.

26 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **O processo civil contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 1994. p. 127-128.

27 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 144. Grifos no original.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 146.

Assim, após rico embate doutrinário, a matéria pacificou-se e não há maiores discussões acerca da legitimidade de medidas provisórias satisfativas, embora não se possa olvidar que sua concessão esteja sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares. Assim, conclui Nelson Nery Junior, em relação à tutela antecipatória que:

> É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente chamadas 'cautelares satisfativas', que constituiu uma *contraditio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, *ipso facto,* não é cautelar. É espécie de gênero tutelas diferenciadas.[29]

Diz Joaquim Felipe Spadoni que:

> Como a antecipação de tutela lhe permitirá desfrutar imediatamente dos efeitos práticos da decisão definitiva de procedência, é fundamental que o autor demonstre nos autos a verossimilhança de sua alegação, a consistência jurídica de sua argumentação, respaldada por provas que demonstrem, de forma inequívoca, a ocorrência dos fatos constitutivos de seu direito.[30]

Nesse clima de mudanças paradigmáticas, asseverou José Eduardo Arruda Alvim:

> Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o exercício de sua nobre missão de outorgar tutela na forma da lei, não devendo o termo poderá ser entendido como passaporte para a omissão, deixando para a sentença final o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado.[31]

O espírito instituidor da antecipação da tutela volta-se à asseguração do equilíbrio nas relações jurídicas, à igualdade processual, sem que uma das partes sofra consequências em razão da má-fé, do tempo, da desproporcionalidade de condições entre os litigantes, firmando-se num supedâneo da maior relevância, de garantia constitucional a um processo justo e efetivo.

5 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE

Como principal novidade relativa ao tema, como dito, apresenta o Código de Processo Civil vigente uma nova roupagem que agora possibilita a Antecipação de Tutela em Caráter Antecedente, com a estabilização de seus efeitos[32].

> Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
>
> § 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.
>
> § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

29 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 546.

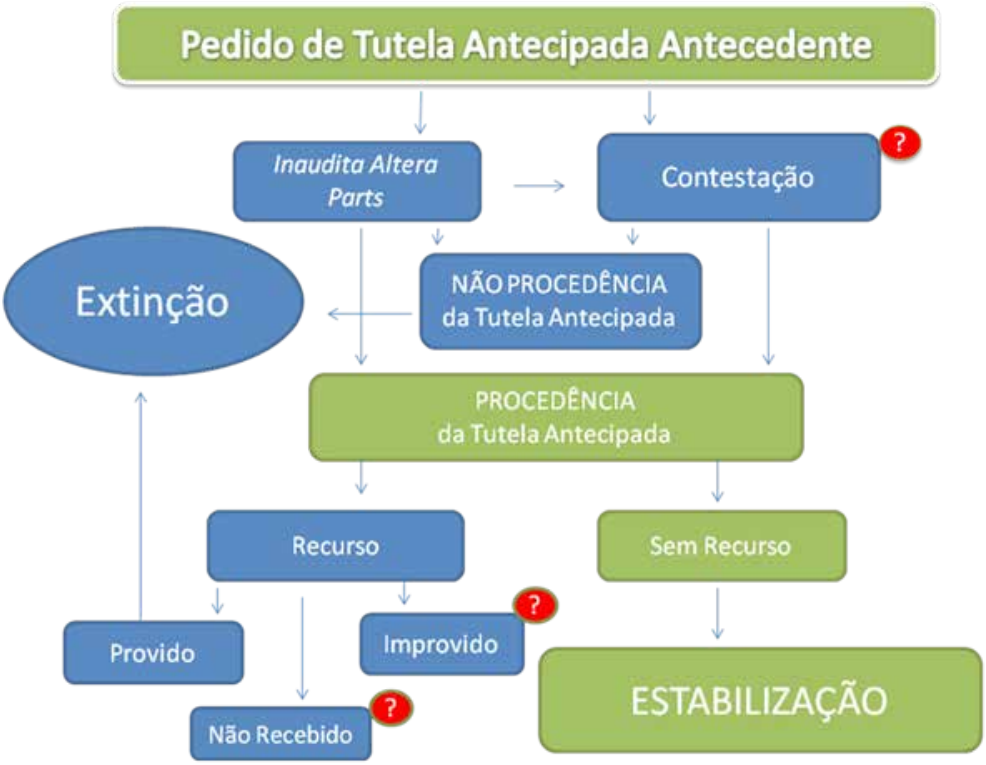
30 SPADONI, Joaquim Felipe. Op. cit. p. 81.

31 ALVIM, José Eduardo Carreira. **A antecipação de tutela na reforma processual.** *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Op. cit. p. 56.

32 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 483-484.

> § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
>
> § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
>
> § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.
>
> § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

De forma simples, essa é a situação que a lei pretendeu abranger:



O artigo 304 do Código de Processo Civil vigente determina a estabilização dos efeitos da tutela antecipatória antecedente, em caso de ausência de recurso contra decisão que concedê-la. Equivale dizer que, ao instruir seu pedido com elementos apenas suficientes à arguição da tutela antecipada, pode a parte deixar de discutir toda a matéria naquele momento, para fazê-lo somente após.

O juiz concederia a tutela antecipada e a parte autora teria 5 (cinco) dias, se o juízo não lhe arbitrar outro prazo, para aditar a petição inicial com a fundamentação agora completa.

Nesse ínterim, caso não haja recurso do réu contra decisão que concedeu a tutela antecipada, seus efeitos seriam estabilizados e qualquer das partes poderia solicitar desarquivamento para revê-la, reformá-la ou invalidá-la, num prazo máximo de 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu os autos.

Segundo simples leitura do Código do Processo Civil vigente, essa é a situação da estabilização da tutela antecipada. Ocorre que muitas dúvidas foram levantadas, que exigem maior reflexão e atenção quanto ao que firmará a prática forense.

6 PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

Diante do exposto, propõem-se as seguintes ponderações, desenvolvidas na forma de três raciocínios, como se segue.

6.1 Raciocínio primeiro: a inércia do réu é condição única da estabilização dos efeitos da antecipação de tutela ou há outros requisitos necessários à estabilização?

O artigo 303, *caput,* da Processual Civil dita que se tornam estáveis os efeitos da tutela antecipada, se da decisão que a conceder não for interposto recurso.

Em primeiro lugar, há de se indagar se esse recurso apto a afastar a estabilização seria somente aquele interposto pelo réu. Ou se mesmo o autor que recorre, afastaria a estabilização. E se os embargos de declaração também afastariam, de per si, a estabilização dos efeitos da antecipação da tutela.

Segundo uma interpretação lógico-teleológica do dispositivo, a finalidade do afastamento da estabilização por intermédio do recurso aconteceria pela natureza de inconformismo com a tutela provida. Ou seja, a intenção é que não se permita estabilizar efeito ainda controverso (ou não consentido) sobre a matéria. Assim, o recurso do autor também afastaria a estabilização, pois a matéria ainda estaria em discussão.

O mesmo não ocorreria com os embargos declaratórios, por não possuir em seu bojo, genuína carga de inconformismo. Assim, não se configura como insurgência inconformada o recurso que pretende tão somente sanar omissão, contradição ou obscuridade de decisão, como os embargos declaratórios, tanto de autor como de réu.

Ultrapassada essa questão inicial, outra dúvida reside na (des)necessidade de inércia no aditamento do autor para estabilização dos efeitos da tutela antecipada. É a chamada tese da dupla inércia. Segundo seus defensores, para estabilizar, além da ausência de recurso do réu, deve haver em concomitância, a ausência de aditamento do autor.

Murilo Teixeira Avelino aduz:

> Parte da doutrina defende a chamada dupla inércia. Para haver estabilização seria necessário que tanto o réu não apresentasse Agravo de Instrumento (recurso cabível nos termos do art. 1.015, I [nota mental coletiva: e os Eds?!]) quanto o autor não aditasse a petição inicial.[33]

Segundo esse entendimento, somente se estabilizaria a tutela antecipada no caso em que o réu não recorre e nem autor adita. Caso um dos dois se manifeste pelos respectivos meios, não haveria condições à estabilização.

Há ainda uma parte da doutrina, em sentido contrário, que entende que para estabilizar, é necessária, além da ausência de recurso, a providência de aditamento do autor. A diversidade de opiniões no assunto demonstra quão abrangente se faz o deslinde da questão.

33 AVELINO, Murilo Teixeira. **Que bicho é esse? Tutela provisória Antecipada Antecedente de urgência e a tese da única ou dupla inércia para a estabilização.** Disponível em https://ponderandoodireito.wordpress.com/2016/04/21/que-bicho-e-esse-tutela-provisoria-antecedente-antecipada-de-urgencia-e-a-tese-da-dupla-ou-unica-inercia-para-a-estabilizacao. Acesso em 1 abr. 2016.

É o caso de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, para quem não haverá estabilização da tutela antecipada, "mesmo diante da ausência de recurso (ou resistência) do réu, quando o autor não aditar a petição inicial (inc. I do art. 303), o que implicará a extinção do processo (art. 303, §2º), com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida"[34].

Discorda-se de ambos os posicionamentos. Não há de se exigir dupla inércia e nem mesmo o aditamento do autor, para que a estabilização seja possível.

Primeiro, porque, no referente à tese da dupla inércia, estar-se-ia a configurar uma consequência prática desastrosa à questão, conferindo-se ao réu o conforto de apenas aguardar que o aditamento não fosse realizado, quando ao contrário, deve o réu desincumbir-se da tarefa de demonstrar que o autor não tem razão, para que um direito do qual ele já está gozando lhe fosse retirado. Caso haja interesse no aprofundamento da questão, esse ônus deve ser imputado ao réu, e não ao autor, que cumpriu com suficiência sua parte, a ponto de ver deferida a tutela pretendida.

> A ideia é a de que se o autor emendar a petição inicial o processo não será mais extinto, seguindo-se o procedimento regular tendo em vista que agora a cognição pode se dar de forma ampla e verticalmente aprofundada. (…) Concedida a tutela, haverá comunicação de autor e réu a respeito. O autor, que já tem advogado nos autos será intimado pelo diário oficial; o réu, que ainda nem tem ideia do que está acontecendo, será citado/intimado pessoalmente. Fica bem claro que o prazo para o aditamento da inicial vai começar e acabar (bem) antes do prazo para o recurso. Isso poderia gerar uma situação bizarra caso exigisse a dupla inércia. O réu, comunicado da decisão provisória, podia ficar tranquilo deitado na rede aguardando o final do prazo para o autor aditar a inicial. Caso não houvesse aditamento, o réu continuaria *de boa* sem precisar fazer nada, já que o processo seria extinto e a tutela cairia. Havendo aditamento, o réu poderia impugnar ou não a decisão provisória, pois a estabilização já estaria impedida face ao próprio aditamento, fazendo com que o procedimento se desenrolasse regularmente. Quaisquer destas hipóteses dá ao réu um *superpoder* no processo: *excluir para sempre o caput do art. 304!* Se o autor não adita, perde; se ele adita não há estabilização. Sendo bem direto: não haveria nunca estabilização, seja lá o que seja isso! Não ia servir pra nada todo o estardalhaço de dizer diversas e diversas vezes que você deseja se submeter ao procedimento dos artigos 303 e 304.[35]

Ao depois, porque, em relação à segunda posição, que exige o aditamento para a estabilização, um dos objetivos da estabilização de tutela antecipada antecedente é justamente a realização de um direito urgente sem a necessidade de cognição exauriente, estabilizando seus efeitos, caso não haja insurgência contrária do réu.

Se o réu não contraponha a decisão, não será necessário contribuir ao abarrotamento de processos no Poder Judiciário, já que a situação de urgência foi sanada, e o aditamento faria caminhar os autos para cognição exauriente, sem que o réu tenha "movido uma palha" para isso, sem que tenha demonstrado esse desejo. É dizer, não se fez necessária à efetividade processual o aprofundado exame e sequer haveria, nesse caso, interesse do autor em modificar a situação, que lhe é favorável, caso não pretenda discutir aprofundadamente a matéria.

> O CPC/2015 optou por esse caminho, ao dispor que, caso o réu não impugne a liminar concedida ao autor (nos termos do caput do art. 304), a apresentação do pedido "principal" por este será desnecessária, mas qualquer das partes poderá fazê-lo (cf. §2º do art. 304 do CPC/2015): o réu, com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão; o autor,

34 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**: Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC1973 ao CPC2015. São Paulo: RT, 2015. p. 221.
35 AVELINO, Murilo Teixeira. Op. cit.

> eventualmente, com o intuito de "confirmar" a decisão que concedeu a tutela antecipada e obter pronunciamento que faça coisa julgada material. Tendo em vista a ultratividade da decisão que concede a tutela satisfativa autônoma, parece correto supor que, com mais freqüência, tal iniciativa acabará sendo tomada pelo réu, e não pelo autor.[36]

Não obstante o art. 303, § 2º, determine o aditamento da inicial, sob pena de extinção sem resolução de mérito, tal exigência não vem determinada no dispositivo legal que trata da estabilização da tutela, o que faz concluir que a necessidade de aditamento refere-se tão somente ao encaminhamento da ação, quando necessário, ao seu trâmite normal. Assim, seria uma interpretação extensiva e ilógica, adicionar-se uma condição à estabilização, à uma situação que era favorável ao autor em um primeiro momento e, sem qualquer ato do réu passa a lhe ser desfavorável.

Aliás, segundo a própria interpretação literal do dispositivo próprio da estabilização, seria suficiente para afastar a estabilização a mera interposição recursal, pois não há qualquer exigência legal, como visto, que se reporte ao comportamento do autor da demanda, para fim de estabilização da tutela antecipada.

O artigo 304 não traz, como requisito à estabilização, após concedida a antecipação de tutela, qualquer ulterior ato do autor, pois "a estabilização em nada se relaciona com o aditamento ou não da inicial, mas sim com a inércia do réu em recorrer, conforme pode ser apreendido da leitura do *caput* do art. 304, que impõe ao réu recorrer!" [37].

Além disso, e mais importante, deve-se ressaltar que o aditamento se refere à completude da matéria debatida e não ao preenchimento de requisitos da antecipada. A inicial será sumária pelos objetos apresentados à cognição e não pela superficialidade do conjunto probatório ao pedido de urgência. Vale dizer, o autor deixa de demonstrar na inicial toda a demanda que pretende discutir, o que não quer dizer que não deva demonstrar satisfatoriamente o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, referente ao pedido nela suscitado.

Na antecipação, embora o mérito principal não seja examinado, o mérito da própria antecipação continua sendo a plausibilidade e deve ser preenchido! Caso o juiz entenda que os requisitos da antecipada não estão suficientemente demonstrados, pode e deve determinar a emenda da inicial, sob pena de extinção dos autos, aqui sim por culpa do próprio autor, conforme inteligência do § 6º, do mesmo artigo.

6.2 Segundo raciocínio: definição da inércia do réu, as várias situações envolvendo o recurso da decisão e a constestação como demonstração do inconformismo

Inicialmente, é necessário definir o que o legislador pretendeu ao determinar que o recurso afastaria a estabilização, pois, como visto, para afastar a estabilização, basta que o réu se insurja contra a decisão, através de interposição recursal.

Situação que se impõe, portanto, é o exame desse recurso.

A exigência legal é a "mera interposição recursal", pois a letra da lei determina que a antecipação de tutela "torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso"[38].

Embora o Enunciado 27 da EFAM, use o termo "admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015"[39], há de se advertir que a admissão recursal, a que se refere o enunciado, diz respeito

36 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 517-518.

37 AVELINO, Murilo Teixeira. Op. cit.

38 CPC, art. 304.

39 Enunciado 27 da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: "Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso".

à conversão do rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, e não à estabilização dos efeitos da antecipada, como se poderia pensar.

Assim, embora não pareça coerente, ainda que o recurso traga uma "receita de pamonha em seu conteúdo", seria já suficiente a afastar a estabilização, pois cumpriria o requisito legalmente exigido para esse fim. Interpretação diversa a esse respeito implicaria novamente em se atribuir outra condição, desta vez ao réu, que o próprio legislador não atribuiu, o que não se pode admitir.

Outro ponto a se questionar é se outra manifestação de inconformismo do réu, sem a providência recursal, poderia afastar a estabilização, caso ocorra, antes do recurso uma resposta inconformada do réu, como contestação ou reconvenção.

> Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação a nosso ver, não pode prevalecer. Em verdade, qualquer forma de oposição (*v.g.*, contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso. É bem verdade que na maioria dos casos o prazo para apresentação de defesa terá início somente após a realização da audiência, de forma que primeiro se escoará o prazo para o recurso de agravo. De qualquer forma, citado o réu ele poderá, se quiser, adiantar a contestação. A vingar uma interpretação literal antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quiser que a ação prossiga e seja julgado o pedido final.[40]

Seguindo essa linha de entendimento, Marinoni afirma:

> Se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.[41]

Considerada, dessarte, a natureza de inconformismo das respostas à inicial (contestação e reconvenção), estaria qualquer delas apta a afastar a estabilização. O legislador nada determinou, mas seria uma interpretação lógica e não realizada em seu desfavor; ao contrário, uma vez denotado o inconformismo do réu, por resposta à inicial ou recurso, afastada estaria a estabilização.

6.3 Raciocínio derradeiro: a definitividade da decisão estabilizada após o prazo de dois anos

Segundo art. 304, § 2º, ambas as partes podem propor ação tendente a rever, reformar ou invalidar a decisão de estabilização da tutela antecipada. Acrescenta o § 5º, que o prazo para se rever, reformar ou invalidar a decisão será de 2 (dois) anos, a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo.

40 RIBEIRO. Leonardo Ferres da Silva. Op. cit. p. 221.

41 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 387.

Luiz Guilherme Marinoni acrescenta que "não se pode falar em coisa julgada material no âmbito do processo cautelar e do processo sumário, porque a cognição sumária, peculiar a estes processos, não permite carga declaratória suficiente à produção de coisa julgada material"[42].

A antecipação de tutela fará coisa julgada somente no caso de ter sido determinada em sede de sentença, conforme exigência de atividade cognitiva exauriente.

A iniciativa de se pleitear pronunciamento fundado em cognição exauriente sobre a lide pode ser tomada por qualquer das partes, isto é, tanto o autor da ação em que foi concedida a tutela satisfativa autônoma, quanto o réu.

Assim, com a estabilização, a decisão formada segundo cognição sumária poderia ser enfrentada num prazo de dois anos. Ocorre que nessa antecipação da tutela, o juiz não perfaz seu convencimento segundo um juízo de certeza, próprio à cognição exauriente, pois o magistrado não pretende atribuir definitividade àquela decisão, mas segundo um juízo de probabilidade. A concessão da tutela antecipada implica apenas juízo de cognição sumária, dimensionada segundo o binômio "a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes"[43].

A decisão proveniente de tutela antecipada não tem o condão de levar à coisa julgada material, exatamente porque não existe declaração de um direito, mas tão somente antecipação dos efeitos do provimento final. Mas após os 2 anos, ainda seria possível rediscutir a matéria, diante de sua definitividade?

> A resposta que se impõe é positiva. O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta.[44]

Com efeito,

> a decisão que concede a tutela antecipada, caso não impugnada nos termos do *caput* do art. 304 do CPC/2015, torna-se estável e produz efeitos fora do processo em que foi proferida, efeitos estes que perduram, se não alterada a decisão que lhes serve de base. Trata-se da ultratividade da tutela. Há, aí, situação peculiar: a decisão não precisa ser "confirmada" por decisão fundada em cognição exauriente (como a sentença que julga o pedido, após a antecipação dos efeitos da tutela). Trata-se de pronunciamento provisório, mas, a despeito disso, dotado de estabilidade, que não se confunde com coisa julgada. Com outras palavras, o pronunciamento é provisório e estável: provisório, porque qualquer das partes pode ajuizar ação com o intuito de obter um pronunciamento judicial fundado em cognição exauriente, e estável, porque produz efeitos sem limite temporal [...]. Face a sumariedade da cognição realizada, tal pronunciamento não faz coisa julgada.[45]

Assim, a partir dos dois anos, embora definitiva, e, ainda aqui, sem realizar coisa julgada material, a decisão poderia ser rediscutida, mas em novos autos, por ter realizado apenas coisa julgada formal. Significa dizer que a coisa julgada a que se refere a vedação do § 6º do art. 304 é a material e não a formal.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo: RT, 1994. p. 141.

43 DINAMARCO. Cândido Rangel. Op. cit. p. 144.

44 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Mara Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 567.

45 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 517.

A opção pela ausência de coisa julgada material é herança jurídica do sistema francês e italiano, onde passado o prazo, nada impede que quaisquer das partes ingresse com nova demanda, com cognição exauriente, relativa ao mesmo objeto já discutido[46].

Afirmam Giovanni Arieta, Francesco de Santis e Luigi Montesano que "sono le parti, com Il loro comportamento concludente, a determinare il tempo dell'uteriore produzione degli effetti dela misura cautelare"[47]. Isto é, são as partes que determinam o tempo de duração da medida porque podem, embora a definitividade após os dois anos, reapreciar a matéria em novos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *novità* vem garantir maior efetividade ao direito material, conferindo a agilidade inerente ao pedido urgente, bem como afastar a alta incidência de propositura de processos de cognição exauriente, diante da inércia do requerido.

Não se limita, assim, a tutela jurisdicional apenas ao pronunciamento judicial dado em favor do titular do direito subjetivo, mas à viabilização dos meios necessários à realização e gozo do direito em questão, o que exige que tal pronunciamento seja dotado de efetividade.

Certo é que, ao se estar diante de uma novidade processual, muitos aprofundamentos ainda serão imprescindíveis à perfeita compreensão da intenção do legislador e de seus deslindes práticos.

Toda a polêmica que envolve o tema já vem sendo discutida por gabaritada doutrina e será ainda aperfeiçoada com a prática forense, caberá, contudo, ao meio acadêmico o acompanhar desses processos favorecendo os debates e apontamentos pertinentes.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Murilo Teixeira. **Que bicho é esse? Tutela provisória Antecipada Antecedente de urgência e a tese da única ou dupla inércia para a estabilização.** Disponível em <https://ponderandoodireito.wordpress.com/2016/04/21/que-bicho-e-esse-tutela-provisoria-antecedente-antecipada-de-urgencia-e-a-tese-da-dupla-ou-unica-inercia-para-a-estabilizacao>. Acesso em: 1 abr. 2016.

BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. São Paulo: Fabris, 1985.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004.

46 "Art. 669-octies do CPC Italiano, 'Il provimento del giudizio di mérito è puramente facoltativo ed è rimesso all'iniziativa dell'uma o dell'altra parte'". (*In*: COMOGLIO, Luigi Paolo et al., Lezioni ..., vol. II, p. 44. Apud: Idem.)

47 Idem.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 105, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação da tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 105, 2002.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória:** Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC 1973 ao CPC 2015. São Paulo: RT, 2015.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novíssimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de processo**, São Paulo, n. 110, v. 28, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Mara Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie. **Breves Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000.

SISTEMA PRISIONAL: AQUILO QUE FUNCIONA E AQUILO QUE NÃO FUNCIONA

José Henrique Kaster Franco[1]

Palavras-chave: Sistema prisional. Drogas. Pena. Presos. Prisão.

Não se pretende neste artigo apontar as mazelas do sistema prisional brasileiro. As condições dos estabelecimentos penais são conhecidas e tendem a piorar na mesma proporção do aumento exponencial de presos. Apresentam-se apenas alguns enfoques que sabidamente não funcionam em matéria prisional. E outros que poderiam funcionar.

Primeiro, aquilo que não funciona. Nos últimos 20 anos a população prisional quadruplicou. Temos um déficit de vagas que está na casa dos 400 mil. Há outros 400 mil mandados de prisão a serem cumpridos. Para que a construção de presídios acompanhasse nossa realidade prisional, deveria ser construído, aproximadamente, um novo estabelecimento prisional por semana, a custos inviáveis.

Construir presídios, portanto, não funciona.

Confiar demais na pena de prisão também não funciona. Na Alemanha, pouco mais de 10% das condenações resulta em regime fechado. Apenas em casos realmente graves há o encarceramento. Aliás, para cada aumento de 25% no encarceramento há uma diminuição de apenas 1% na criminalidade.[2]

Também não funciona debitar responsabilidades apenas ao Poder Executivo. Não há dúvidas de que a construção e a manutenção de estabelecimentos prisionais toca ao Executivo. Mas também é indubitável que a responsabilidade por mandar e por manter pessoas em locais inadequados e que servem para fomentar a prática de novos crimes é de todos: da sociedade e especialmente dos operadores do Direito.

Estigmatização não funciona tampouco. A pena no Brasil não acaba na extinção da punibilidade. O preso carrega seu registro prisional como currículo negativo. Não obtém emprego, é marginalizado mesmo depois de "pagar" pelo que fez. O círculo vicioso alimenta o retorno ao sistema prisional.

O abandono certamente não funciona. Prender o ser humano e não lhe oferecer, a par de condições mínimas de habitalidade, oportunidade para trabalhar ou estudar dentro do presídio é fazer do passar vagaroso do tempo um componente desencadeador de maior aflição e agressividade. A maioria dos presos quer trabalhar e simplesmente suporta esse passar do tempo de forma ociosa.

E aquilo que funciona?

Funciona ter presente que a pena de prisão deve ser reservada a casos graves, quando é impossível o convívio social. A prisão muitas vezes serve justamente para aumentar a criminalidade: dá soldados ao crimes organizado e transforma as pessoas em verdadeiros criminosos. Há poucos presos por homicídio

1 Mestre e doutorando em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/SC. Professor no Programa de Pós-Graduação da PUC/PR. Magistrado.

2 TARLING, Roger. *Analysing Offending Data*: Models and Interpretations. London: HMSO, 1993, p.154. O Home Office, no Reino Unido, chegou a um número semelhante: 15% de aumento de prisões para diminuição de 1% nas taxas de criminalidade.

no Brasil, país com um dos maiores números absolutos de mortes violentas no mundo. Mas há muitos pequenos traficantes ou pessoas que cometeram crimes contra o patrimônio nas cadeias.

Há inúmeros estudos apontando que os países que apostam no respeito a seus cidadãos precisam muito pouco de presídios. Elevar penas e confiar nas prisões custa mais barato a um político populista do que propiciar escola de tempo integral, educação profissionalizante, lazer razoável, acesso minimamente respeitável à saúde. O Direito Penal não serve para resolver problemas sociais que não são enfrentados com seriedade. Quando as coisas vão bem, não se precisa de Direito Penal. Quando vão mal, não é o Direito Penal que resolve.

Tornar os presídios habitáveis certamente não é solução, mas ameniza a situação caótica. Oportunidade de educação e trabalho. Tratar o preso com respeito para que se tenha condições éticas de exigir que ele, ao deixar o sistema, faça o mesmo em relação às regras sociais.

Fortalecimento dos conselhos da comunidade, que são o elo entre o sistema e a sociedade, funciona. Desmistificar a figura esteriotipada do presidiário também funciona. É de se ter cuidado com a função performática das palavras. Nem todos presidiários correspondem àquele imaginário de estupradores ou assassinos perigosos. A sociedade, por pior que seja o crime, não pode subtrair àquele que errou o direito de não persistir no erro. Esse é um imperativo ético de qualquer sociedade civilizada.

Cumprida e extinta e pena, o condenado não deve mais nada a ninguém. O acesso à certidão de antecedentes deveria ser restringido, de modo a que uma pena originariamente limitada no tempo não se transformasse em pena eterna.

Por fim, não há como administrar o problema prisional sem tratar da principal causa de *input* no sistema. O crime de tráfico de drogas é o que mais prende no Brasil. Poucos são os barões da droga detidos. A maioria dos presos vendia drogas em uma esquina vestindo chinelos de borracha.[3]

Para racionalizar a entrada de presos no sistema é primordial debater-se sobre a descriminalização das drogas. Um século de criminalização parece não ter servido para proteger os usuários, mas serviu para criar, fazer crescer e manter o crime organizado.

A descriminalização não é a panacéia para todos nossos problemas. Mas é tida como um golpe duro no crime organizado, cujos lucros, em sua grande maioria, advêm de um comércio relegado à informalidade pelo Estado. Aproximadamente 1% do PIB mundial corresponde ao narcotráfico. Muitos ganham com a criminalização: traficantes, agentes públicos corruptos, indústrias de armas e de segurança privada, bancos que fazem circular dinheiro sujo, empresas de logística, políticos populistas etc.

O único que não ganha com a criminalização é o usuário, razão de ser de todo o sistema punitivo das drogas: a criminalização reduz os recursos disponíveis para tratamento, estigmatiza o dependente e o afasta do sistema de saúde, eleva os índices de contaminação por HIV e tuberculose e ainda dificulta que questões sobre drogas sejam discutidas abertamente em escolas e na família.[4]

A descriminalização, ao mesmo tempo em que evitaria prisões desnecessárias, enfraqueceria o crime organizado e seria fonte de recursos para tratar os usuários que fazem uso problemático de drogas. Segundo a ONU, apenas 10% dos usuários faz uso problemático de estupefacientes, e esses devem ser tratados como doentes que são, mas para isso são necessários recursos. Os outros 90% levam uma vida normal, não querem e não precisam ser protegidos pelo Estado.

3 Por todos, vide: VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

4 Vide, por exemplo, compilação, em Língua Portguesa, de vários estudos levada a efeito pela Global Commission on Drug Policy: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf, acesso em outubro de 2016.

Também não se pode olvidar que a criminalização fomenta, além de corrupção e lavagem de dinheiro, vários crimes que decorrem justamente do fato desse mercado ter sido relegado ao descontrole estatal. Dependentes que deveriam ser tratados, e que não o são, cometem normalmente pequenos crimes para sustentar o vício. Crimes violentos, contudo, ocorrem por disputas entre territórios e nas cobranças de dívidas entre traficantes e destes para com usuários.[5] A regulação do comércio, como ocorre com o tabaco, serviria para estancar esses métodos heterodoxos de resoluções de desavenças.

E parece não haver motivos para temer aumento do consumo ou "exércitos de esquizofrênicos". As experiências de descriminalização não foram seguidas por modificação nos padrões de consumo (Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Espanha, etc). Portugal, por exemplo, descriminalizou todas as drogas há mais de 15 anos, sem modificação de consumo. Em nenhum outro lugar há notícia de modificação nos padrões de uso.

É certo que as drogas fazem mal e seu uso deve ser controlado por meios racionais e eficazes, como a prevenção pela educação clara, tal qual realizado com o tabaco. A verdade é que as drogas sempre acompanharam o ser humano – vide o elevado consumo de ácool, antidepressivos e ansiolíoticos no Brasil. Já o tráfico é uma opção criada pela lei: a proibição move o crime organizado, é responsável por uma série de crimes paralelos, mas não é eficaz para controlar o uso.

No caminho até a descriminalização caberia punir proporcionalmente traficantes, especialmente os não violentos. Talvez não seja mais possível cultivar o mito de que viveremos em um mundo melhor prendendo vendedores de drogas no varejo ou "mulas" do tráfico.

Enfim, a solução para os presídios passa pelo entendimento de que os presídios não são a solução para tudo.

5 GUADANHIN, Gustavo de Carvalho; GOMES, Leandro de Castro. Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 24, v. 123, 2016, p. 272-9.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800009-82.2015.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PESSOA ANALFABETA – ASSINATURA A ROGO DESPROVIDO DAS FORMALIDADES LEGAIS – CONTRATO INVÁLIDO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE CIVIL VERIFICADA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA – TERMO *A QUO* – A PARTIR DA DATA DO CONHECIMENTO DO DANO – ART. 27 DO CDC – RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO (R$ 10.000,00) – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS – DATA DO EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS (15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO) – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Aplica-se o CPC/73 aos recursos interpostos contra provimentos judiciais proferidos na sua vigência.

Tratando-se de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o prazo prescricional a ser aplicado é o previsto no art. 27 do CDC (cinco anos), contados a partir da ciência do ato danoso, que no caso foi a data do conhecimento do empréstimo supostamente fraudulento. Portanto, a prescrição reconhecida na sentença recorrida deve ser afastada.

O contrato firmado com pessoa analfabeta sem a observância dos procedimentos legais, infirma a eventual contratação existente, devendo ser reconhecida a sua nulidade, ante a falta de requisito essencial à validade dos negócios jurídicos. Revela-se a falha no serviço prestado pelo Banco, vez que forneceu o crédito nessas condições tornando-a responsável pelos prejuízos causados ao consumidor.

A restituição em dobro está condicionada à existência de valores pagos indevidamente e à prova inequívoca da má-fé do credor, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Parcial provimento ao apelo do banco.

O desconto indevido de valores do benefício previdenciário do autor gera dano moral *in re ipsa*.

O *quantum* indenizatório deve ser fixado em patamar que, além de proporcionar ao ofendido a compensação capaz de confortá-la pelo constrangimento psicológico a que foi submetido, sirva como fator pedagógico e punitivo para que o ofensor reanalise sua conduta comercial, evitando a recalcitrância da conduta indevida em casos análogos.

O termo inicial para o curso dos juros moratórios quando a condenação é adstrita a ato ilícito, flui a partir da data do evento danoso, ou seja, da inscrição indevida, e não do arbitramento (Cf. Súmula n. 54 do STJ). A correção monetária, como regra, deve incidir desde a decisão que fixa o valor da condenação a título de danos morais, conforme orientação da Súmula/STJ n. 362: *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Neide Nunes e Banco Bradesco S/A interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível de Amambai, nos autos n. 0800009-82.2015.8.12.0004, que julgou procedentes os pedidos iniciais.

Em preliminar, alega a financeira a ocorrência da prescrição trienal, com fundamento no art. 206, § 3º, Inc. V, do Código Civil.

Afirma que o banco tomou todas as precauções no momento da contratação, pois, juntamente com o contrato, assinado a rogo pela recorrida, foram juntados documentos pessoais, o que confere legitimidade a contratação.

Sustenta que a cobrança foi feita no exercício regular de direito e que a autora tinha total ciência da origem dos valores que geraram o débito mencionado. Que o contrato foi celebrado sobre a livre manifestação das partes.

Defende que a parte autora litiga de má-fé ao alegar desconhecimento das dívidas que levaram ao débito, pois altera a verdade dos fatos com o objetivo de obter vantagem financeira, e requer a aplicação de multa por litigância de má-fé a autora.

Argumenta que a instituição financeira juntou aos autos contrato que continha a regular assinatura da parte autora.

Assevera que restou evidente que o banco não praticou nenhum ato ilícito, razão pela qual não há que se falar em indenização por danos morais.

Defende que o valor arbitrado à título de danos morais é exagerado e deve ser minorado, adequando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sustenta que não houve a comprovação do abalo moral suportado.

Argumenta que a devolução dos valores descontados deve se dar de forma simples, pois não restou evidenciada a má-fé da financeira na cobrança. Alega que é tão vítima da fraude quanto a parte autora.

Sem apresentação de contrarrazões pela parte requerente.

Por sua vez, a parte autora apela requerendo a elevação do *quantum* indenizatório para R$ 30.000,00, que a correção monetária e os juros fixados incidam desde o início dos descontos, ou seja, 02/2011 e a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões da instituição financeira, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 175-181).

É o relatório. Decido.

VOTO

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

Inicialmente, convém ressaltar que a sentença objeto do presente recurso foi proferida em 07 de dezembro de 2015, desta forma, contatando-se que a sentença foi proferida quando ainda em vigor a lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil -1973), ou seja, antes da entrada em vigor do CPC/2015, as questões relativas a admissibilidade e processamento deste recurso, submetem-se ao regramento previsto nessa.

Da prescrição

A autora interpõe recurso contra a parte da sentença que declarou a prescrição da pretensão à reparação quanto ao contrato nº 573523037.

O magistrado de primeiro grau aplicou, corretamente, o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 27 do CDC, entretanto, equivocou-se quanto a data do início da contagem do prazo, que deve ser a partir do conhecimento do dano ou de sua autoria.

Não resta a menor dúvida que a relação jurídica em análise é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

E com efeito, a hipótese em que o consumidor é lesado por fraude praticada por terceiros, como no caso em tela, enquadra-se na chamada responsabilidade por fato do serviço (CDC, arts. 12 e 14), tendo em vista o descumprimento, pela instituição financeira, do dever de gerir com segurança as movimentações bancárias, revelando-se defeituosa a prestação do serviço.

Incide, pois, nessas hipóteses, o prazo prescricional quinquenal do art. 27 do mesmo Códex, que assim dispõe: "*prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação dos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria*".

Observa-se que o termo inicial do prazo, aqui, é do "conhecimento do dano e sua autoria". Noutras palavras, a partir do momento em que a vítima toma ciência inequívoca da lesão, inicia-se o prazo do 27 do CDC.

Nesse sentido consagrou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO CONSUMERISTA - DEFEITO NO SERVIÇO - DECADÊNCIA (ART. 26 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - INAPLICABILIDADE - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE, IN CASU - PETIÇÃO INICIAL - DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. 1. Na discussão acerca do defeito no serviço, previsto na Seção II do Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se o artigo 27 do referido diploma legal, segundo o qual o prazo é prescricional, de 05 (cinco) anos, a partir do conhecimento do dano e da sua autoria. 2. Nas relações de consumo, a denunciação da lide é vedada apenas na responsabilidade pelo fato do produto (artigo 13 do Código*

de Defesa do Consumidor), admitindo-o nos casos de defeito no serviço (artigo 14 do CDC), desde que preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil, inocorrente, na espécie. 3. Está em harmonia com entendimento desta Corte Superior de Justiça, o julgamento proferido pelo Tribunal de origem no sentido de que os documentos indispensáveis à propositura da ação são os aptos a comprovar a presença das condições da ação. 4. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico. 5. Recurso improvido." (REsp 1123195/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 03/02/2011) (g. n.)

"DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. 1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. ***É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da «****actio nata", o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. 3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido."* (REsp 1276311/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011) (g. n.)

No caso em análise, contraria o bom senso presumir que a autora, que é indígena, analfabeta e idosa, tenha constatado o desconto em seu benefício previdenciário desde a primeira parcela.

A particularidade do caso, leia-se, a condição especial da parte autora, permite a presunção de veracidade da alegação de que somente tomou conhecimento dos descontos quando consultou a situação do seu benefício previdenciário, com a emissão do extrato pelo INSS, ou seja, em 22/09/2014. Mesmo porque, a alegação vem corroborada por prova documental (fl. 35), além de que nada há nos autos que contrarie essa informação.

No mesmo sentido vem decidindo essa Corte:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – A PARTIR DA DATA DO CONHECIMENTO DO DANO – ART. 27 DO CDC – AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – AUSÊNCIA DE ESCRITURA PÚBLICA OU PROCURAÇÃO À ROGO – CONTRATANTE ANALFABETO – NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DO MÚTUO – FRAUDE – RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA – DEVER DE FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – VALOR ARBITRADO DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE – ARTIGO 940, DO CC E ARTIGO 42, DO

> *CDC – AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ – RESTITUIÇÃO SIMPLES – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 20, § 3º, DO CPC – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO REQUERIDO DESPROVIDO. Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o prazo prescricional a ser aplicado é aquele previsto no artigo 27 do CDC (cinco anos), contados a partir da ciência do ato danoso, que no caso foi à data do conhecimento do empréstimo fraudulento. Para a fixação da indenização pelo dano moral, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do quantum necessário à compensação da vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Não demonstrada a má-fé da instituição financeira em realizar descontos no benefício previdenciário da parte requerente, inaplicável a sanção prevista no artigo 940, do Código Civil e no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão proferida possuir cunho condenatório, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, de acordo com o artigo 20, § 3º, do* (Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26/01/2016; Data de registro: 27/01/2016)"

Ademais, convém ressaltar que em casos assemelhados, como nas ações que se requer o seguro obrigatório DPVAT, o STJ tem adotado o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data da ciência inequívoca da invalidez pelo segurado.

Vejamos alguns julgados nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT.* ***PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ PERMANENTE.*** *NÃO PODE SER PRESUMIDA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1.* ***Conforme se depreende das circunstâncias fáticas delineadas, não se pode presumir que o autor teve ciência inequívoca da invalidez permanente pelo decurso do tempo, durante o tratamento médico ou em razão de sua interrupção, de forma que o acórdão recorrido decidiu em consonância com o entendimento dominante da 2ª Seção.*** *2. Não havendo nenhum outro marco temporal comprobatório da ciência acerca da invalidez permanente, uma vez que não foi realizada a prova pericial, deve ser afastada a prescrição e mantido o acórdão recorrido em todos os seus termos. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. Agravo regimental não provido"* (Processo: AgRg no AREsp 674139 SP 2015/0046091-2 - Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão - Julgamento: 02/06/2015 - Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma - Publicação: DJe 08/06/2015) grifei

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DPVAT. PRESCRIÇÃO TRIENAL. RECONHECIMENTO DE INVALIDEZ PERMANENTE. REVISÃO DAS PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.* ***1. O termo inicial do prazo prescricional, nas ações em que se requer o seguro obrigatório DPVAT, é a data da ciência inequívoca da invalidez pelo segurado.*** *2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Agravo regimental desprovido."* (Processo: AgRg no AREsp 606363 SP 2014/0276739-5 Relator(a): Ministro João Otávio de Noronha - Julgamento: 19/05/2015 - Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma - Publicação: DJe 25/05/2015)

Assim, tendo em vista a prova documental carreada aos autos que demonstra que a autora somente tomou conhecimento inequívoco da natureza de tais descontos em 22/09/2014, de forma que quando

da propositura da ação, em 19/01/2015, a pretensão não encontrava-se atingida pelo lapso prescricional quinquenal. Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença que declarou não prescrita a pretensão indenizatória relativa ao contrato objeto da demanda.

Da inexistência de relação jurídica

A parte autora afirma que não celebrou o contrato que originou os descontos em seu benefício previdenciário, sendo indevidos os descontos realizados mensalmente correspondente ao contrato nº 573523037, com início em 02/2011, no valor de R$ 2.214,53, a ser quitado em 60 parcelas de R$ 70,40, contrato ativo com 44 parcelas descontadas. Por sua vez, a instituição financeira defende a regularidade do contrato firmado entre as partes.

É cediço que a sistemática do ônus da prova no processo civil brasileiro orienta-se pelo interesse, ou seja, incumbe a quem dela terá proveito. A propósito:

> *"(...) A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar "secundum allegatta et probata partium" e não "secundum propiam suam conscientizam" - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato."* (DINAMARCO. Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312)

A parte autora apresenta fato negativo como causa de pedir da sua pretensão declaratória de inexistência de débito, pois sustenta que não recebeu o valor do empréstimo e, tampouco autorizou o desconto das referidas parcelas no seu benefício previdenciário.

O banco apelante, por seu turno, apresenta fato positivo em sua defesa, uma vez que alega que o contrato de empréstimo em discussão foi celebrado pela autora e afirma ter efetuado o pagamento do valor correspondente.

Dessa forma, há confronto entre fato positivo e fato negativo. Nessas hipóteses, o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem afirma um fato negativo. Vejamos:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO (...) NÃO-OCORRÊNCIA. PROVA DE FATO NEGATIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO (...) 2. Na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo."* (STJ – AgRg no Ag 1181737/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 30/11/2009) destaquei

Este também é o entendimento adotado por este Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL (...) COLISÃO ENTRE UM FATO NEGATIVO E UM FATO POSITIVO – ÔNUS PROVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (...) Segundo a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem afirma um fato negativo (...)."* (TJMS – Apelação Cível n.º 0001557-36.2010.8.12.0010. Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Câmara Cível. Julg. 04.12.2012)

Portanto, incumbia ao banco apelante trazer aos autos provas que corroborassem sua assertiva, em consonância ao entendimento acima exposto.

No entanto, não trouxe aos autos qualquer prova do negócio efetivamente realizado. Apesar da instituição financeira apelante ter juntado as cópias de fls. 87-93 e 98, ressalto que tais documentos em nada assevera pela legalidade do ato.

Isto porque, além de ser pessoa idosa nos termos da lei, a parte autora é indígena e analfabeta, sendo assim, a contratação deveria ser realizada por instrumento público ou por instrumento particular assinado a rogo por procurador constituído por meio de procuração pública, procedimento que o banco sequer menciona que adotou, limitando-se a afirmar que a contratação foi realizada por livre e espontânea vontade.

Portanto, a avença não observou o procedimento legal, invalidando a eventual contratação existente, razão pela qual acertada a sentença que reconheceu a nulidade do contrato por falta de requisito essencial à validade dos negócios jurídicos. Aliás, em várias situações similares, já julgou no mesmo sentido esta Corte de Justiça:

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – PARTE AUTORA E PARTE RÉ– AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE JURÍDICA C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA – CONTRATO INVÁLIDO – ASSINADO POR PARTE ANALFABETA DESPROVIDO DAS FORMALIDADES ESSENCIAIS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – MODALIDADE SIMPLES – AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL – DANOS MORAIS DEVIDOS – ARTIGO 14 DO CDC – MAJORAÇÃO DO QUANTUM EM VALOR INFERIOR AO REQUERIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORADOS – FIXAÇÃO CONFORME ARTIGO 20, § 3º DO CPC – RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 01.* ***Tendo em vista que o contrato foi firmado por pessoa analfabeta, havia necessidade de formalização do instrumento mediante escritura pública ou por procurador nomeado pela demandante através de instrumento público, formalidade esta não observada pela instituição bancária, o que enseja tanto a declaração de nulidade do contrato com a inexistência da relação jurídica, bem como, torna referida instituição responsável pelo pagamento de dano moral, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.*** *02. Para que se faça jus à repetição de indébito em dobro, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a presença de três pressupostos objetivos (cobrança de dívida; de forma extrajudicial; referente a uma obrigação de consumo) e um subjetivo (ausência do engano justificado). Se a instituição acreditou estar cumprindo contrato regularmente estabelecido, não está presente o último requisito, devendo a restituição ocorrer na moralidade simples. 03. Tendo em vista o transtorno causado à consumidora pela serviço defeituoso, deve a indenização pelo dano moral ser fixada atendendo aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, considerando razoável o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais). 04. (...)."* (TJMS; Apelação - Nº 0802177-10.2014.8.12.0031; Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 29/03/2016; Data de registro: 08/04/2016) grifei

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – DESCONTO NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA –CONTRATO CELEBRADO POR INDÍGENA, IDOSA E ANALFABETA – CONTRATAÇÃO ANULADA – DESCONTOS INDEVIDOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO REPASSE DO VALOR SUPOSTAMENTE CONTRATADO À CONTA DA AUTORA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – QUANTUM MANTIDO – RECURSO IMPRÓVIDO.* ***Por ausência da forma prescrita em lei, é nulo o contrato escrito celebrado com um analfabeto que não é***

> ***formalizado por instrumento público ou por instrumento particular assinado a rogo por intermédio de procurador constituído por instrumento público - inteligência dos artigos 37, § 1º, da Lei 6.015/73 c/c art. 104, III e art. 166, IV, do Código Civil****. Tratando-se de relação consumerista, cabia ao banco/recorrente diligenciar acerca da prova do repasse para conta da autora do suposto empréstimo. Neste contexto, não há prova inequívoca de que o valor supostamente contratado tenha sido, de fato, revertido em beneficio da autora. A presumível situação de angústia e de sofrimento por não contar com a integralidade de sua remuneração gera dano moral, por se tratar de dano moral puro, ou seja, dano que dispensa a prova concreta da necessidade. Sem reduzir a indenização a valor ínfimo, respeitado o seu caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo, tenho que o montante fixado pelo Juízo a quo, qual seja, R$ 8.000,00, para reparar o dano causado é suficiente."* (TJMS – Apelação Cível 0800041-56.2012.8.12.0016, Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível, Data do julgamento: 30/06/2015) – g.n.

> *"RECURSODEAPELAÇÃO–DECLARATÓRIADEINEXISTÊNCIADERELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO – DESCONTOS INDEVIDOS NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA – AUSÊNCIA DE PROVAS DA EFETIVA CONTRATAÇÃO – RESTITUIÇÃO DE FORMA SIMPLES – DANO MORAL IN RE IPSA. 01. A ausência de provas quanto à efetiva contratação realizada pela parte autora induz à conclusão de que o débito referido na inicial decorre de ato de terceiros de má-fé que, de posse dos dados do consumidor, forjaram a contratação de empréstimo em seu nome. 02. A restituição em dobro está condicionada à existência de valores pagos indevidamente e à prova inequívoca da má-fé do credor, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. 03. O desconto indevido de valores do benefício previdenciário da parte autora gera dano moral in re ipsa. Recurso de apelação conhecido e provido em parte."* (AC 0800712-247.2014.8.12.0044 - Relator(a): Des. Vilson Bertelli; Comarca: Sete Quedas; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/05/2016; Data de registro: 19/05/2016)

Além do mais, a instituição financeira não comprovou que tais valores foram disponibilizados a parte autora, não juntou aos autos documento válido que comprovasse tal fato.

Portanto, tratando-se de pessoa analfabeta, como dito anteriormente, o contrato deveria ter sido realizado por instrumento público ou por instrumento particular assinado a rogo por procurador constituído por meio de procuração pública, o que não ocorreu. Considerando ainda, que o banco não comprovou o recebimento dos valores mutuados pela parte autora, ônus que também lhe competia, conclui-se que é inexistente a relação jurídica entre as partes em relação aos contratos mencionados na inicial.

Dessa forma, mantenho inalterada a sentença na parte que declarou a inexistência de relação jurídica entre as partes com relação ao contrato mencionado na inicial.

Devolução em dobro

Necessário então averiguar a questão envolvendo o direito à devolução em dobro.

O parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor disciplina que:

> *"O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."*

Entretanto, a jurisprudência tem aplicado este dispositivo legal com cautela, entendendo que somente nos casos de evidente má-fé na cobrança indevida a devolução em dobro se justifica.

Assim, para que a autora fizesse jus à restituição em dobro deveria ter comprovado a má-fé do banco requerido, uma vez que a boa-fé se presume, ônus do qual não se desincumbiu, motivo pelo qual a pretensão não deve ser acolhida.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO E DANO MORAL. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA. (1) VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. (2) OFENSA AO ART. 42 DO CDC. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. (3) DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. ALTERAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7 DO STJ; E, (4) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. 1. O conteúdo normativo do art. 475-B, §§ 1º e 2º, do CPC não foi objeto de debate no acórdão recorrido, carecendo, assim, do prequestionamento a viabilizar o recurso especial. Incidem, no ponto, as Súmulas nºs 282 e 356 do STF.2.* ***A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, a teor do que dispõe o art. 42 do CDC, a devolução em dobro pressupõe a existência de valores indevidamente cobrados e a demonstração de má-fé do credor.*** *Precedentes. 3. (...) 5. Agravo não provido."* (AgRg no AREsp 664.888/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016) grifei

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CABIMENTO. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. NÃO IMPUGNAÇÃO. INCIDÊNCIA DO VERBETE 283 DA SÚMULA/STF. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA A FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. As razões elencadas pelo Tribunal de origem não foram devidamente impugnadas. Incidência do enunciado 283 da Súmula/STF.2.* ***Somente a cobrança de valores indevidos por inequívoca má-fé enseja a repetição em dobro do indébito****. 3. O Tribunal e origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Enunciado 182 da Súmula do STJ).5. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1532860/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 16/03/2016) grifei

Portanto, reformo a sentença, para determinar que a devolução das parcelas indevidamente descontas ocorra na forma simples.

Dos danos morais

Quanto aos danos morais, em casos como o dos autos, são considerados *in re ipsa*, pois decorrem dos próprios fatos que deram origem à propositura da demanda. É presumível o dano moral sofrido pela pessoa que tem descontado de seu benefício previdenciário parcelas de um empréstimo que não contratou.

Nesse sentido:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA*

PROFERIDA E RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 - DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CONTRATAÇÃO NÃO DEMONSTRADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - REPETIÇÃO DEVIDA EM DOBRO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VALOR - IRRISÓRIO - TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA - DATA DO EVENTO DANOSO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Considerando que a sentença e a interposição do recurso deram-se na vigência do CPC/1973, aplica-se o regramento anterior aos atos processuais praticados na sua vigência, à luz do princípio de que o tempo rege o ato. "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias." (Súmula 479, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012) Não demonstrada a contratação válida, tampouco que o autor desfrutou do valor objeto do empréstimo, descontados em benefício previdenciário de aposentado, é devida a repetição do indébito em dobro. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado à título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. O termo inicial dos juros de mora na responsabilidade extracontratual é a data do evento danoso. EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA POR NILDA FERREIRA VARGAS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VALOR MAJORADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORADOS - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado à título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano." (AC 0800916-32.2013.8.12.00035 - Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Iguatemi; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/06/2016; Data de registro: 20/06/2016)

"DESCONTO INDEVIDO EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA POR EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DO BANCO NA PRESTAÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS CONTRATADOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RECURSO IMPROVIDO. A instituição bancária tem o dever de conferir os documentos apresentados com a assinatura do portador e checar a titularidade das contas bancárias para as quais o dinheiro foi transferido, inibindo, assim, as ações de estelionatários. Na condição de fornecedora de serviços, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. ***A conduta lesiva da instituição financeira, que levou o requerente a experimentar descontos mensais em sua aposentaria, caracteriza danos morais in re ipsa.*** *[...]"* (TJMS; Apelação – n. 0800583-58.2014.8.12.0031; Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/03/2016; Data de registro: 31/03/2016) grifei

"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESTITUIÇÃO DE VALORES – DESCONTOS INDEVIDOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – FRAUDE – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – ATO ILÍCITO – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO IMPROVIDO. I. A instituição financeira ré, descuidando-se de diretrizes inerentes ao desenvolvimento regular de sua atividade, não comprovou que o contrato foi celebrado pela consumidora. E, se contratou com terceira pessoa em nome daquela, assumiu os riscos do negócio. Não basta para elidir a responsabilização da empresa contratada a alegação de suposta fraude. À instituição ré incumbia o ônus de comprovar que agiu com as cautelas de praxe na contratação de

*seus serviços, até porque, à consumidora não é possível a produção de prova negativa (CDC, art. 6, VIII c/c CPC, art. 333, II). II. A contratação viciada, oriunda de fraude, possibilita a declaração de inexistência de relação jurídica e a condenação no pagamento de indenização dos danos morais ocasionados à consumidor que suportou restrição creditícia em seu nome por culpa exclusiva da instituição financeira. III. Se o valor da indenização fixado em primeiro grau, por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais e, por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado, não há se falar em sua redução no juízo recursal". (*Apelação - Nº 0801322-71.2013.8.12.0029 ; 3ª Câmara Cível; Des. Marco André Nogueira Hanson; 28.4.2015).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS E RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – DESCONTO INDEVIDO EM PROVENTOS DE "E M E N T A – RECURSOS DE APELAÇÃO – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE PROVAS DA EFETIVA CONTRATAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS – COBRANÇAS INDEVIDAS – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – DANO MORAL IN RE IPSA – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO – DEVER DE INDENIZAR. 01. A ausência de provas quanto à efetiva contratação realizada pela parte autora induz à conclusão de que o débito referido na inicial decorre de ato de terceiros de má-fé, que, de posse dos dados da autora, forjaram a contratação dos empréstimos em seu nome. 02. A ilicitude das cobranças, por si só, impõe ao réu a obrigação de restituir em dobro o valor indevidamente pago. 03. O desconto indevido de valores do benefício previdenciário da autora gera dano moral in re ipsa, sendo desnecessária a prova do efetivo prejuízo sofrido pela ofendida. 04. O valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para punir o ofensor e reparar o dano moral sofrido pela autora, considerando o prejuízo financeiro imediato. Recurso de apelação da autora conhecido e provido. Recurso de apelação do réu conhecido e não provido" (Apelação - Nº 0800245-55.2013.8.12.0052; 2ª Câmara Cível; Relator: Des. Vilson Bertelli, 14.4.2015).

Como é cediço, o dever de indenizar exige a presença cumulativa dos pressupostos autorizadores, os quais, nas palavras do professor Sílvio de Salvo Venosa, são quatro: ação ou omissão voluntária; relação de causalidade ou nexo causal; dano e culpa.

É o que se extrai do art. 186 do Código Civil:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Esses pressupostos, em que pese os argumentos do banco demandado, encontram-se presentes no caso em análise.

Com efeito, a parte autora, pessoa idosa, analfabeta e de parcos recursos, foi privada de parte de seu benefício previdenciário em face da negligência do banco de cercar-se dos cuidados mínimos exigidos para promoção de um contrato de empréstimo.

Portanto, vislumbram-se improcedentes as alegações da instituição financeira acerca da inexistência dos danos morais ou mesmo da ausência de provas do abalo moral experimentado pela consumidora, sobretudo considerando que o dano aqui, como dito anteriormente, é presumido (*in re ipsa*).

Além disso, evidentes os transtornos sofridos pela autora considerando o período em que se viu privada de parte de seu benefício previdenciário. Tal fato causou-lhe constrangimentos de ordem psicológica, tensão e abalo emocional, tudo com sérios reflexos em sua honra.

Desta forma, comprovado o nexo causal entre a conduta negligente da Instituição Financeira e o dano causado à parte autora, correta a sentença de primeiro grau que declarou inexistente a dívida e condenou a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais.

Do *quantum* indenizatório

No que concerne ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta a extensão do dano, 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, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos expressos 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.

A apelante requer a fixação do *quantum* indenizatório na quantia de R$ 30.000,00, ou em valor aproximado e a instituição bancária pugna pela sua minoração. Vejamos.

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."* (Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

Aplicando-se esses parâmetros ao caso em tela, chego à conclusão de que o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, concernente ao montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), se afigura aquém do patamar ensejado pelas particularidades vislumbradas no caso concreto.

A conduta da instituição financeira em promover contratos sem adotar as cautelas necessárias deve ser punida de maneira efetiva, não sendo razoável a fixação da indenização em quantia que não sirva para desestimular a reincidência dos erros pela requerida, à qual incumbe desempenhar sua atividade de maneira cuidadosa e eficiente.

Nesse norte, emerge preocupante a falta de cuidado com a prestação de serviços desse jaez, notadamente em se tratando de sistema de contratos de empréstimo, culminando-se com falhas que geram inúmeros transtornos aos consumidores.

Resta ao Judiciário, nesse panorama, fixar indenizações cujos valores, além de se coadunarem com às condições socioeconômicas das partes, mostrem-se aptos a coibir a prática de condutas semelhantes, 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 e insuficiente ao fim a que se objetiva, máxime em se tratando, no caso em pauta, de instituição financeira sabidamente dotada de expressiva estrutura e grande capacidade patrimonial.

Deve, portanto, o julgador agir com moderação, levando em conta o poder aquisitivo das partes, os dissabores experimentados pela ofendida, fazendo-o de tal forma que a compensação a título de danos morais não dê ensejo a enriquecimento indevido para este último, mas que se preste a desestimular a reincidência da instituição bancária em condutas semelhantes.

Destarte, considerando os transtornos gerados, a repercussão e consequências derivadas, bem como as condições econômicas de ambas das partes, especialmente do banco demandado, empresa de dotada estrutura patrimonial expressiva, de projeção nacional, majoro o *quantum* devido para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ademais, esse valor é semelhante ao costumeiramente arbitrado por esta Câmara Cível em casos análogos. A esse respeito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA – REPETIÇÃO DEVIDA EM DOBRO – DANOS MORAIS – VALOR MAJORADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO. Não demonstrada, pela instituição financeira, a existência de contrato, ainda que inválido, é devida a repetição do indébito em dobro. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Os honorários advocatícios devem ser fixados considerando-se o princípio da razoabilidade, bem como 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."* (AC 0801424-19.2018.8.12.0031 - Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/06/2016; Data de registro: 14/06/2016)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO POR INDÍGENA – CONTRATAÇÃO ANULADA – DESCONTOS INDEVIDOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO REPASSE DO VALOR SUPOSTAMENTE CONTRATADO À CONTA DO AUTOR– RESTITUIÇÃO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se de relação consumerista, cabia ao banco/recorrente diligenciar acerca da prova do repasse para conta da autora do suposto empréstimo. Neste contexto, não há prova inequívoca de que o valor supostamente contratado tenha sido, de fato, revertido em benefício do autor. O desconto indevido de valores do benefício previdenciário do autor gera dano moral puro, sendo desnecessária a prova do efetivo prejuízo sofrido pelo ofendido."* (AC 0801695-62-2014.8.12.0031 - Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 04/05/2016; Data de registro: 12/05/2016)

Da correção monetária e dos juros de mora

No que tange ao termo inicial para incidência dos juros moratórios, entendo que tal rendimento, quando adstrito a ato ilícito, flui a partir da data do evento danoso, ou seja, do desconto indevido, em conformidade com a Súmula n. 54 do STJ, na ordem de 1% ao mês, consoante aplicação da norma contida no artigo 406 do Código Civil.

Quanto a correção monetária, deve incidir a partir da decisão que fixa o valor da condenação, conforme orientação da Súmula/STJ n. 362: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*".

Assim, a sentença recorrida só merece ser reformada quanto aos juros moratórios, que devem incidir a partir da data do evento danoso, mantendo-a quanto ao termo inicial da correção monetária, cuja incidência deve se dar desde a data do arbitramento.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO, E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DEMONSTRAÇÃO PELA PARTE AUTORA DA COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES NÃO CONTRATADOS - VALOR DA INDENIZAÇÃO – JUSTA COMPENSAÇÃO - CARÁTER PEDAGÓGICO – MAJORAÇÃO DEVIDA - JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO - CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO ARBITRAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A fixação do valor da indenização por danos morais deve considerar a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação. O termo inicial para o curso dos juros moratórios quando a condenação é adstrita a ato ilícito, flui a partir da data do evento danoso, ou seja, da inscrição indevida, e não do dia da publicação da sentença (Cf. Súmula n. 54 do STJ), na ordem de 1% ao mês, consoante aplicação da norma contida no artigo 406 do Código Civil. A correção monetária, como regra, deve incidir desde a decisão que fixa o valor da condenação a título de danos morais, conforme orientação da Súmula/STJ n. 362: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."* (AC nº 0803189-43.2014.8.12.0004 - Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Amambaí; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/04/2016; Data de registro: 29/04/2016)

> *"APELAÇÃO CÍVEL DO BANCO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADA – CONTRATAÇÃO NÃO DEMONSTRADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – RECURSO DESPROVIDO. "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias." (Súmula 479, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012) Não demonstrada a contratação do serviço descontado em benefício previdenciário de aposentado, é devida a repetição do indébito em dobro. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado à título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Os juros de mora, em se tratando de responsabilidade extracontratual, têm como termo inicial a data do evento danoso."* (AC 0801013-32.2013.8.12.0035 - Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Iguatemi; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/04/2016; Data de registro: 28/04/2016)

Dos honorários advocatícios

Na sentença, o magistrado *a quo* fixou os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação e a autora pleiteia sua majoração para 20%.

Quanto à condenação em honorários advocatícios prevê o art. 20 do Código de Processo Civil/73, em seus parágrafos 3º e 4º, que:

> *"Art 20: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor 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. (...)*
>
> *§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:*
>
> *a) o grau de zelo profissional*
>
> *b) o lugar da prestação do serviço*
>
> *c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *§ 4° 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."*

A verba honorária deve ser fixada em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC, tomando por base as diretrizes contidas nas alíneas "a" a "c" do § 3º do mesmo dispositivo legal, considerando, inclusive, o proveito econômico da causa.

Assim, tomando em consideração essas diretrizes, o trabalho desempenhado, a complexidade da causa e o proveito econômico, tenho que o percentual de 15% sobre o valor da condenação arbitrado na sentença mostra-se adequado, tendo em vista as circunstâncias da causa, para o fim de remunerar de forma adequada e digna a atividade do advogado que atuou na defesa da autora.

Mantenho a sentença recorrida quanto aos honorários advocatícios.

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos, para o fim de declarar não prescrita a pretensão indenizatória relativa ao contrato objeto da lide; majorar o valor do *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais); determinar a restituição das parcelas na forma simples; alterar a incidência dos juros de mora para a partir do evento danoso e manter a correção monetária que deverá incidir desde a data do arbitramento.

Tendo a parte autora decaído de parte mínima dos pedidos iniciais, mantenho o ônus da sucumbência conforme fixado na sentença.

No mais, permanece inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a prescrição e deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 05 de outubro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402444-55.2016.8.12.0000 - Coxim
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR CONCEDIDA – SUSPENSÃO DO ATO REPUTADO ILEGAL – CUMULAÇÃO DE CARGOS – POSSIBILIDADE – PROFESSOR X TÉCNICO – HORÁRIOS COMPATÍVEIS – MESMO COM PREVISÃO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA – PRECEDENTES DO STJ – DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA MANTIDA – DECISÃO *A QUO* REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

"O atual regime de trabalho (dedicação exclusiva), por si só, não é obstáculo. Evidente, deverá conferir a necessária atenção às duas disciplinas, no tocante ao horário" (REsp 97.551/PE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 25/08/97).

No caso, tanto a Constituição da República (art. 37, XVI, "b"), quanto a Lei Orgânica de Regência da Polícia Civil do Estado de MS preveem expressamente a possibilidade da cumulação por se tratar de atividade de ensino.

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, 5 de outubro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Edivany Lima Dias interpõe recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim, nos autos do Mandado de Segurança n.º 0800263-97.2016.8.12.0011, que move em face do Prefeito Municipal de Alcinópolis, que indeferiu o pedido antecipação de tutela, em caráter liminar, para que fosse permitido o retorno às atividades de docente, da qual esteve afastada para realização de curso de formação da Polícia Civil, para o qual foi aprovada para o cargo de investigadora, alegando ser possível a cumulação de ambos os cargos, enquanto a decisão entendeu ser caso de incompatibilidade de horários.

Sustenta que eventual recondução futura ao cargo, sem o seu imediato retorno, representaria inegável perda salarial para a agravante, uma vez que continua desempenhando graciosamente (sem remuneração) suas atividades docentes, haja vista as declarações favoráveis de seu superior imediato na Polícia Civil (Delegado), bem como a declaração do Diretor Escolar, daí a necessidade da concessão até o julgamento de mérito deste recurso.

Por meio da decisão de fls. 85/87, o recurso foi recebido no efeito suspensivo ativo, concedendo-se a liminar para que a agravante retorne/permaneça ao/no cargo de Professora do Município, recebendo a sua remuneração até o julgamento deste recurso.

O agravado contraminutou o agravo às fls. 93/98, alegando que a cumulação é incompatível, pois as atividades policiais exigem dedicação integral e exclusiva, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso, revogando-se a liminar de antecipação de tutela concedida.

Em parecer de fls. 102/109, manifestou-se o Ministério Público Estadual de Segunda Instância pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Edivany Lima Dias contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim, nos autos do Mandado de Segurança n. 0800263-97.2016.8.12.0011, que move em face do Prefeito Municipal de Alcinópolis, que indeferiu o pedido antecipação de tutela, em caráter liminar, para que fosse permitido o retorno às atividades de docente, da qual esteve afastada para realização de curso de formação da Polícia Civil, para o qual foi aprovada para o cargo de investigadora, alegando ser possível a cumulação de ambos os cargos, enquanto a decisão entendeu ser caso de incompatibilidade de horários.

Sustenta que há compatibilidade de horários e que é possível a cumulação do cargo de professor com o cargo técnico (investigadora), haja vista as declarações favoráveis de seu superior imediato na Polícia Civil (Delegado), bem como a declaração do diretor escolar, daí a necessidade da concessão até o julgamento de mérito deste recurso.

O agravado contraminutou o agravo às fls. 93/98, alegando que a cumulação não seria possível por incompatibilidade de horários.

Em parecer de fls. 102/109, manifestou-se o Ministério Público Estadual de Segunda Instância pelo conhecimento e provimento do recurso.

Pois bem. Assevero que, em cognição sumária, considerando que o pleito se refere tão somente à concessão da liminar, entendo que estavam e continuam presentes os requisitos necessários para sua concessão.

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).

A concessão de medida liminar ou antecipação da tutela em mandado de segurança depende da demonstração da presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, previstos no art. 7º, III, da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, nos seguintes termos:

> *"Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...)*
>
> *III – 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 facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica."

A respeito da concessão da liminar, lecionam Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *in* Mandado de segurança e ações constitucionais, 32ª edição, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, atualizado de acordo com a Lei n. 12.016/2009, editora: Malheiros, p. 85-86:

"A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança "quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida" (art. 7º, III, da Lei 12.016/09). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na incial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni juris e periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento, não afirma direitos, nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado. (...)

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade."

Constatou-se ser plenamente possível a cumulação dos cargos, na medida em que se trata de um cargo de professor (carga horária de 20 horas semanais) e outro científico (pois o cargo de investigador de polícia exige nível superior – carga horária de 40 horas semanais, com fundamento no art. 40, *caput*, da Lei Complementar Estadual n. 114/2005):

"Art. 40. Os ocupantes de cargos de natureza policial civil estão sujeitos à carga horária de quarenta horas semanais, cumpridas em expediente normal das repartições públicas estaduais ou ao regime do trabalho em escalas de serviços, conforme sua unidade de lotação."

Não violando a previsão constitucional, porque se trata da exceção prevista:

"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:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ***exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI****:*

a) a de dois cargos de professor;

b) ***a de um cargo de professor com outro técnico ou científico****;*

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;" - g.n.

Também não se pode, por ora, verificar a incompatibilidade de horários, na medida em que é cediço que existem muitos policiais exercendo a docência no Estado, e muito embora a própria Lei Complementar

Estadual n. 114/2005 (Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre sua organização institucional e carreiras, direitos e obrigações de seus membros), imponha a dedicação exclusiva por força do regime de plantão, também é certo que ela própria excepciona essa dedicação exclusiva para os que exercem atividade de ensino, de médico ou nomeados para cargos em comissão, nos seguintes dispositivos, com destaque:

> *"Art. 41:*
>
> *§ 1º É vedado o exercício de funções estranhas às atividades de Polícia Civil, salvo as de ensino, as de médico ou as decorrentes de nomeação para cargos em comissão.* (redação dada pela Lei Complementar nº 164, de 1º de outubro de 2012)
>
> *§ 2° O regime especial de trabalho impõe aos membros da Polícia Civil a dedicação exclusiva às suas funções e atribuições, com observância dos horários preestabelecidos e atendimento prioritário aos trabalhos da instituição, a qualquer hora, mediante requisição da autoridade competente."*

Tal artigo está inserido no capítulo III que trata do regime de trabalho e aplica-se a todos os servidores investidos em cargos efetivos integrantes de carreiras que compõem a Polícia Civil do Estado de MS.

Logo, da simples leitura da lei, se extrai a possibilidade do exercício de cargo de ensino, simultaneamente às atividades policiais.

Transcrevo, porque oportuno, trecho do parecer do Ministério Público de Segunda Instância, ao se manifestar no presente:

> *"Sendo assim, em sede de cognição sumária, percebe-se que não há a demonstração, pelo agravado, da incompatibilidade de horário para o exercício do cargo de professor com o de investigador de polícia pela agravante, bem como o fundamento trazido por ela é relevante, já que a acumulação dos cargos se mostra possível, na medida em que está de acordo com a previsão constitucional encartada no art. 37, XVI, alínea "b", CF, e com a exceção prevista no art. 41, §1º, da LC 114/2005, sendo a jornada de ambos os cargos passível de cumulação. Ademais, é visível o prejuízo experimentado pela agravante pelo não exercício do cargo de professor, já que deixa de receber a remuneração respectiva."*

Esse também é o entendimento da jurisprudência:

> *"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO RECONHECIDA. CORREÇÃO. RECONSIDERAÇÃO DO JULGADO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. EXEGESE DO ART. 37, XVI, DA CF/88 E ART. 118, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990. PRECEDENTES DO STJ. 1. «O atual regime de trabalho (dedicação exclusiva), por si só, não é obstáculo. Evidente, deverá conferir a necessária atenção às duas disciplinas, no tocante ao horário" (REsp 97.551/PE, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 25.8.1997). 2. Não há falar, in casu, em ilegalidade da acumulação pretendida - cargo de professor adjunto da Faculdade de Odontologia da UFRJ com o cargo de professor adjunto da disciplina de Radiologia do Departamento de Cirurgia da Faculdade de Odontologia da UERJ -, por ter sido respeitada a compatibilidade de horários e por se cuidar de cargos incluídos no rol taxativo previsto na Constituição Federal. Embargos acolhidos com efeitos modificativos e, nessa extensão, recurso especial provido."* (EDcl no REsp 1195791/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, Julgamento em 19/06/2012, DJe 28/06/2012)

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR E DE ENFERMEIRO. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. VERIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. "A hierarquia das normas jurídicas afasta a vigência de lei quando contrastar com a carta política. Esta admite a cumulação de dois cargos de professor, quando houver compatibilidade de horários (cf/1988, art. 37, XVI, "a"). O atual regime de trabalho (dedicação exclusiva), por si só, não é obstáculo. Evidente, deverá conferir a necessária atenção às duas disciplinas, no tocante ao horário." (REsp 97.551/PE, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 22/10/1996, DJ 25/8/1997) 2. No caso, a recorrente pretende ver declarado o direito de acumular o cargo de Enfermeira do Município de Porto Alegre com o cargo de Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, respeitada a compatibilidade de horários, hipótese que não encontra óbice na Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ, AgRg no REsp 421043 / RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, Julgamento em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao presente ao recurso e mantenho a liminar concedida, reformando a decisão a quo que a não havia concedido.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 05 de outubro de 2016.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1407474-71.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça de MS
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO AO CARGO DE ASSISTÊNCIA E PERÍCIA – HABILITAÇÃO EM DIREITO – RESERVA DE VAGAS AOS COTISTAS NEGROS – PERCENTUAL LEGAL – PREVISÃO EDITALÍCIA INICIAL DE CONVOCAÇÃO DE OITO CANDIDATOS NEGROS PARA REALIZAÇÃO DAS DEMAIS ETAPAS DO CONCURSO – ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DO EDITAL DIMINUINDO A CONVOCAÇÃO PARA AS DEMAIS FASES DE APENAS CINCO CANDIDATOS NEGROS – LEGALIDADE DO APROVEITAMENTO DO CANDIDATO ANTERIORMENTE DENTRO DO NÚMERO DE CONVOCADOS – ITEM 9.1 DO EDITAL 01/2015/SAD/SEJUSP/AGEPEN – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGÍTIMA CONFIANÇA, SEGURANÇA JURÍDICA, MORALIDADE E BOA FÉ EM RELAÇÃO ÀS REGRAS EDITALÍCIAS – ART. 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTE DO STF – LIMINAR MANTIDA – ORDEM CONCEDIDA.

Possibilidade de se manter o candidato que já estava classificado, de acordo com o primeiro edital do concurso, independentemente de republicação de edital por ocorrência de erro da Administração Pública, uma vez que não se estará violando as leis que regem a reserva de vagas aos cotistas deficientes, negros e indígenas.

Havendo a possibilidade de surgimento de novas vagas, os candidatos classificados para todas as fases do concurso, poderão vir a ser nomeados, desde que respeitado o percentual das vagas reservadas aos candidatos com deficiência, negros e índios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Cleyton Luiz dos Santos Gomes impetrou o presente mandado de segurança com pedido de liminar contra ato reputado ilegal praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, Presidente da Comissão Organizadora do Concurso Público de Provas e Títulos – Cargo Agente Penitenciário Estadual AGEPEN, alegando que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Agente Penitenciário Estadual do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Edital nº 1/2015/SAD/SEJUS/AGEPEN, publicado

em 28/12/2015, prevendo 10 (dez) vagas para o cargo de Assistência e Perícia com habilitação em Direito, dos quais 10% (dez por cento) estavam destinadas aos candidatos negros, sendo que seriam convocados para as demais fases os 50 primeiros classificados, dentre eles os 8 primeiros negros, 2 primeiros índios e 4 primeiras pessoas com deficiência (fl. 31), destinadas as vagas restantes (36) à livre concorrência sem reserva legal.

Ocorre que, após a publicação do resultado da prova escrita objetiva, em 17/05/2016 (Edital n. 12/2016), com a lista e posição dos classificados, tendo o impetrante sido classificado na oitava colocação entre os candidatos que disputam a vaga para negros, foi publicado o Edital n. 13/2016, em 06/06/2016, retificando o Edital n. 1/2015, reduzindo o número de convocados para as demais fases do concurso, ou seja, dentre os 50 candidatos a serem convocados, para a vaga reservada para negros seriam convocados 5, ao invés de 8; 1 índio, ao invés de 2; e, 2 deficientes primeiros negros, 2 primeiros índios; 4 pessoas com deficiência, ao invés de 4; e, 42 para as vagas restantes à livre concorrência sem reserva legal, ao invés de 36.

Argumenta que, uma vez delimitadas as regras do concurso, com a publicação do edital, exaure-se a esfera discricionária do examinador, sendo vedada a alteração dos termos publicados, após a realização das provas. Admitir o contrário equivaleria a conceder à banca executora poder para implantar, livremente, novos requisitos de ingresso no serviço público, em evidente prejuízo ao candidato.

Alega que, ao diminuir o número de convocados para as demais fases do concurso, conforme previsto previamente no edital, o Poder Público agiu em nítida arbitrariedade e ilegalidade, motivando a impetração deste *mandamus*.

Por meio da decisão de fls. 220/223 foi concedida a liminar para que o impetrante realizasse a Avaliação Psicológica (segunda fase), marcada para o dia 24/07/2016, sob pena de ineficácia da prestação jurisdicional, a fim de evitar dano irreparável ao impetrante, na medida em que, acaso concedida a segurança, somente ao final, não poderia mais realiza-la.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às fls. 236/254 argumentando que o Edital de abertura do concurso estabeleceu regra de cotas, no item 9.1, em desconformidade com s percentuais estabelecidos nas leis n. 8.112/90 e 12.990/2014, e lei estadual n. 3.594/2008. Portanto, com a correção do edital, a administração adequou as vagas dos cotista aos limites estabelecidos nessas leis, antes de aplicar o critério de corte.

O Ministério Público de segunda instância manifestou-se às fls. 258/267, pela denegação da segurança.

VOTO

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

Constata-se do presente *writ* que o impetrante foi surpreendido com a publicação de um edital, em 06/06/2016, alterando as regras de convocação para as demais fases do concurso, conforme previsto no primeiro de abertura do concurso, publicado em 28/12/2015, bem como após a publicação do edital dos aprovados e sua classificação, ocorrida em 17/05/2016.

Contudo, embora estivesse dentro do número de candidatos a serem convocados, conforme o edital de abertura do concurso, foi dele alijado com a publicação desse novo edital, tolhendo seu direito de realização da prova de avaliação psicológica que foi realizada no dia 24/07/2016.

Requer o impetrante o julgamento procedente deste mandado de segurança preservando-se integralmente o cumprimento do previsto no Edital de Abertura n. 01/2015, que previa a convocação para as demais fases, de 8 candidatos negros classificados.

A liminar para que o impetrante participasse das demais fases do concurso foi concedida, ao entendimento de que não seria digno nem justo que fossem prejudicados por um simples erro matemático da Administração Pública, na confecção do seu Edital. Erro este, descoberto aproximadamente seis meses após a publicação do edital de abertura do concurso, e menos de um mês depois da publicação do resultado da prova escrita objetiva.

Contudo, observou-se na decisão de fls. 220/223, que mesmo com a participação do impetrante nas demais fases, em razão de sua classificação de acordo com as regras estabelecidas no primeiro edital do concurso, a reserva legal deveria respeitar o preenchimento das vagas, de forma que a mera convocação para as demais provas/fases não adviria prejuízo para a administração.

Pois bem. 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).

De igual forma, dispõe o art. 1º da Lei n. 12.016/09 que:

> *"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."*

Sobre o conceito de direito líquido e certo, nos ensina Hely Lopes Meirelles:

> *"(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...)."*[1]

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, p. 813-814:

> *"Considera-se "líquido e certo" o direito "independentemente de sua complexidade", quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis "de plano"; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitadas pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533). (...)."*

No caso vertente, o impetrante se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Agente Penitenciário Estadual do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Edital n. 1/2015/SAD/SEJUSP/AGEPEN, publicado em 28/12/2015, prevendo 10 (dez) vagas para o cargo de Assistência e Perícia com habilitação em Direito (fl. 68), dos quais 10% (dez por cento) estavam destinadas aos candidatos negros, sendo que seriam convocados para as demais fases os 50 (cinquenta) primeiros classificados, dentre eles, os 8 (oito) primeiros negros.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro.* 23. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo : Malheiros, 05-2001. p. 35-6.

Contudo, seis meses depois, estando o impetrante entre esses primeiros 8 primeiros negros classificados, foi surpreendido com uma republicação do edital reduzindo esse número para somente 5 (cinco) primeiros negros classificados (fl. 159), excluindo-o da realização da prova de avaliação psicológica e provas seguintes previstas no edital.

Analisando detidamente o Edital n° 001/2015 (fls. 13/61), observa-se que há previsão de criação e abertura de novas vagas durante o prazo de validade do certame, cujo preenchimento se dará pelos candidatos aprovados em todas as fases, respeitada a ordem de classificação.

Os seguintes itens do edital (fls. 16/17 e 29/31), esclarecem:

> *"3.6 - Aos candidatos que, no momento da inscrição, se declararem negro ou índio, será reservada a cota de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas neste Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015, em observância à Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008 e a Lei n. 3.939, de 21 de julho de 2010.*
>
> *3.7 - Na aplicação do percentual estabelecido nos itens 3.1 e 3.6 dever-se-á observar o estabelecido no Decreto n. 13.141 de 31 de março de 2011.*
>
> *3.8 – Os candidatos com deficiência, negros ou índios participarão do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015 em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere a provas, conteúdos programáticos, critérios de avaliação e classificação, assim como à duração, ao horário e ao local de realização das provas, conforme o estabelecido em edital específico.*
>
> *(...)*
>
> *9.1 – Serão convocados para prosseguir para as demais fases do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015, os candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva, classificados na forma do item 8.5, incluindo os candidatos participantes dos programas de reservas de vagas que cumpriram todos os procedimentos especificados no item III deste Edital e, quando for o caso, habilitados na entrevista de verificação, por área de atuação, habilitação profissional e por sexo, conforme estabelecido nos quadros abaixo:*

Área	*Habilitação Profissional*	*Total de Convocados*	*Ampla Concorrência*	*Cotistas Negros*	*Cotistas Indígenas*	*Cotistas PCD**
Administração e Finanças	*Administração*	*25*	*21*	*2*	*1*	*1*
	Ciências Contábeis	*25*	*21*	*2*	*1*	*1*
	Análise de Sistemas/Ciência da Computação/Engenharia da Computação/Tecnologia em Processamento de Dados	*25*	*21*	*2*	*1*	*1*
	Curso de Graduação em Ensino Superior	*360*	*296*	*36*	*10*	*18*
Assistência e Perícia	*Psicologia*	*85*	*71*	*8*	*2*	*4*
	Serviço Social	*85*	*71*	*8*	*2*	*4*
	Direito	*50*	*36*	***8***	*2*	*4*

- destaquei"

Portanto, a solução mais justa, e que deveria ter sido adotada pela Administração, teria sido simplesmente manter a convocação dos 8 classificados, para a realização das demais fases do concurso, pois de qualquer forma não estaria violando o percentual que deve ser respeitado, na medida em que a exigência contida nas Leis 3.594/2008 e 3.939/2010, e Decreto n. 13.141/2011, é sejam respeitadas no mínimo as proporções de 10% das vagas para negros, 5% para deficientes e 3% para indígenas.

Nada impede que o impetrante seja mantido no páreo, e uma vez aprovado/classificado em todas as fases do concurso, permaneça na expectativa de direito de ser chamado, pois somente terá direito à nomeação, se dentro da validade do concurso, sejam criadas/abertas vagas que permitam que respeitadas as porcentagens acima, eventualmente seja atingida a sua colocação, beneficiando-o.

Gize-se que a lei não diz que a cláusula "de barreira" deve respeitar tais proporções, mas sim que deve ser concedida a participação mínima naquela proporção legal, na disputa às vagas existentes, ou seja, pode ser aceita a convocação de número maior que o mínimo previsto em lei, para disputar o número de vagas.

A Lei Estadual n.º 3.594/2008, que institui o sistema de cota, assim dispõe, naquilo que aqui interessa:

> *"Art. 1º O Poder Público do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.*
>
> *§ 1º A reserva mínima de 10% (dez por cento), de que trata a presente Lei, será disponibilizada aos negros aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.*
>
> *§ 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas para negros existentes entre os candidatos aprovados."*

O Decreto n.º 13.141/2011, que regulamentou a referida Lei, estabelece, em seu artigo 1º, § 2º, que:

> *"Nos editais de concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas, respectivamente, para negros e índios entre os candidatos aprovados, por cargo, função e por localidade, quando for o caso."*

Resta saber se a exclusão realizada pelo Edital n. 13/2016 - SAD/SEJUSP/AGEPEN se caracteriza, de fato, pelas notas de ilegalidade ou abuso de poder.

Para Uadi Lammêgo Bulos, o ato comissivo ou omissivo será ilegal quando:

> *"Inexistir balizamento legal para sua consecução, contrariar lei expressa, regulamento, ou princípios constitucionais positivos, v.g., os enunciados do art. 37, da Carta de 1988, houver usurpação ou invasão de funções, ocorrer vícios de competência, de forma, objeto, motivo, finalidade, desconformidade com a norma legal ou conformidade com a norma ilegal ou infraconstitucional"* (Mandado de Segurança Individual e Coletivo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246 a 248).

Com essas considerações, verifica-se, tal como já se verificou de forma perfunctória por ocasião da concessão da liminar, que o Edital n. 13/2016, ao excluir do certame os candidatos anteriormente considerados classificados, por erro da própria Administração, não obstante alegue ser possível a correção material, deixou de observar princípios constitucionais que se aplicam diretamente ao caso concreto e que se colocam acima das regras editalícias, conforme o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em situação congênere.

O caso alinha-se com uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 28.594/DF, cuja causa de pedir se assemelhava à presente.

Naqueles autos, a Suprema Corte entendeu, em síntese, que, uma vez publicado o edital de convocação dos candidatos à segunda etapa do concurso e frente à superveniente elevação da nota de corte, é possível a consideração da primeira nota de corte e da respectiva lista de aprovados, com o acréscimo dos candidatos beneficiados pela revisão do gabarito.

Com efeito, em tal julgado, a Suprema Corte entendeu que os candidatos arrolados em lista de convocação para a segunda etapa do certame não poderiam ser desapossados dessa situação jurídica vantajosa, em razão de erro da Administração.

Segundo aquela Corte, não haveria como *"sobrepor uma regra editalícia [nota de corte] à própria Constituição, da qual se extrai o princípio da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica* (art. 5º, *caput*, CRFB), e o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CRFB)*"*.

Vale transcrever a ementa do referido precedente:

> *"NULIDADE - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. Consoante dispõe o artigo 249 do Código de Processo Civil, presente a utilidade dos pronunciamentos judiciais, cabe afastar a declaração de nulidade se for possível decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria. NULIDADE – ARTIGO 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. O Colegiado pode considerar a disciplina própria à nulidade, prevista no referido preceito, partindo para a concepção primeira da procedência ou improcedência do que pleiteado quanto ao mérito. CONCURSO PÚBLICO - NOTA DE CORTE - ELEVAÇÃO. Fica longe de implicar ilegalidade a elevação da nota de corte, visando a passagem para outra fase do concurso, quando, observada a primitiva, resta grande número de vagas, concorrendo os candidatos em igualdade de condições. Óptica robustecida pelo aproveitamento imediato daqueles situados no patamar inicialmente formalizado, não sendo viável sequer a alegação de prejuízo indireto ante o critério de classificação. EXPECTATIVA DE DIREITO - PROTEÇÃO - AUSÊNCIA. A ordem jurídica não protege simples expectativa de direito no que poderiam evocá-lo futuros candidatos a preencherem cargos em novo concurso Público".* (STF, MS n. 28594/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, J. 06/10/2012, DJe de 19/10/2012)

Do corpo do acórdão, cabe ainda transcrever os seguintes trechos do voto vista proferido pelo Ministro Luiz Fux, que aderiu à divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio:

> *"A vexata quaestio consiste em definir se há nulidade no ato administrativo da Comissão do Concurso que permitiu a progressão dos impetrantes à segunda fase do certame. Nada obstante, também deve o Tribunal avaliar se há vício no ato administrativo do CNJ que excluiu os candidatos do certame, em virtude da ausência de contraditório.*
>
> *Se é certo que o Concurso Público é regido pelo princípio da vinculação ao edital, não é menos verdade que diversos outros princípios pautam a atuação da Administração Pública nesta espécie de procedimento administrativo.*
>
> *É que a Administração, como qualquer componente estatal, anseia por legitimidade. Essa legitimidade decorre, dentre outros fatores, do respeito pelos direitos e interesses juridicamente relevantes dos cidadãos. Com efeito, o ato administrativo é o momento de comunicação entre Administração e administrados, uma ponte de contato entre aqueles que legitimam e aquele que precisa ser legitimado, para que a formação e manifestação da vontade administrativa se realizem com o respeito e a colaboração dos particulares. [...].*

[...]

O primeiro fato a ser considerado é que a anulação das questões (fator que permitiu a modificação do rol de aprovados na primeira fase) ***resultou de erro da própria Administração Pública****. Noutras palavras, a falha primordial partiu do Estado, não dos administrados,* ***de modo que o ato que determinou que os ora impetrantes fossem excluídos do concurso vai de encontro ao princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans)****.*

Algumas vozes poderiam se levantar argumentando que o "poder" de autotutela administrativa permitiria a declaração da nulidade do ato de ofício, em virtude da contrariedade ao edital*. Pondere-se, todavia, que, nas palavras de Agustín Gordillo, "el acto nulo no puede ser revocado cuando de él han nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo" (em tradução livre: "o ato nulo não pode ser extinto quando dele tenham nascido direitos subjetivos que estejam sendo cumpridos". Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-25). A par das divergências doutrinárias, entendo que a Administração Pública é obrigada a proceder à sanatória do ato* **quando não houver lesão à legítima expectativa de terceiros de boa-fé***.*

[...]

A indagação correta, portanto, é: ***a admissão dos impetrantes à segunda fase do certame violou algum interesse protegido juridicamente? A resposta é desenganadamente negativa****.*

O alargamento do rol de candidatos aprovados obedeceu a critérios objetivos e impessoais - todos aqueles que seriam aprovados sem a anulação das questões foram mantidos no Concurso, bem como aqueloutros que só poderiam prosseguir no certame se valendo dos pontos decorrentes da anulação. Não houve prejuízo a ensejar a nulidade, pelo que é claramente aplicável o princípio pas de nullité sans grief.

Nem se alegue que o aumento do número de aprovados pode ter servido como parte de estratagema fraudulento, já que sequer há indícios de que isto tenha ocorrido. Seria absolutamente iníquo fulminar as expectativas legítimas dos impetrantes em razão de uma mera suposição.

A bem de ver, a decisão da Comissão do Concurso serve à promoção dos valores fundamentais da República brasileira, fundada na meritocracia. O acesso aos cargos públicos deve ser feito por aqueles que mais demonstrem méritos para servir à coletividade. In casu, os impetrantes comprovaram, por qualidade própria, que têm a capacidade necessária para assumir o cargo que pretendem.

Ora, se inexistente prejuízo a terceiros, se o ato beneficia a Administração, pois alargou as chances de selecionar candidatos qualificados, e se há a expectativa legítima dos impetrantes a ser protegida, é indefensável a declaração de nulidade do ato administrativo*.*

[...]

À Comissão do Concurso, norteada pelo princípio da razoabilidade, somente caberia tomar a decisão que efetivamente tomou: ***manter a nota de corte anterior e a precoce lista de aprovados, acrescentando os beneficiados pelo resultado do julgamento dos recursos.*** *Qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados.*

É preciso ter em conta que o modelo da chamada «nota de corte» visa principalmente à facilitação da correção das provas por parte da banca examinadora. A sua mitigação

pontual não gera prejuízos aos participantes do concurso. Ao revés, amplia a competitividade. Na perspectiva do interesse da Administração Pública, traduzido na possibilidade de seleção dos candidatos mais capacitados para o provimento de cargos em disputa, a solução adotada pela comissão não causou nenhum gravame a quem quer que seja.

No ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo, nesse tipo de caso, o único "valor a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas. Em casos tais - ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores -, a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder" (Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 257).

***O ato do Conselho Nacional de Justiça, que considerou inválida a admissão dos candidatos "excedentes", pretende sobrepor uma regra editalícia à própria Constituição, da qual se extrai o princípio da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica (art. 5º, caput*, CRFB), e o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CRFB), que determina que a Administração deve sempre proceder de boa-fé**.

[...]

Além disso, não se pode negar que também haveria afronta ao edital caso a Comissão do Concurso apenas houvesse autorizado a continuidade no certame dos 500 (quinhentos) melhores colocados na primeira fase após as anulações de questões. É que a norma editalícia previa que a prova objetiva seria composta por "cem questões de múltipla escolha", quando, na verdade, só foram consideradas 97 (noventa e sete) questões válidas, fruto de erro na elaboração do exame (grifei) (MS n. 28594/DF, rel. Ministra Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, DJe de 18-10-2012).

Dessa forma, só resta concluir que a exclusão do impetrante do concurso público por força de ato proveniente de procedimento administrativo no qual não teve oportunidade de exercer o contraditório, em que foi reconhecido o erro da própria Administração após ter sido convocado para a segunda etapa, foi de encontro ao princípio da confiança legítima, inerente à segurança jurídica, bem como ao princípio da moralidade, que impõe o proceder de boa-fé.

Vale repetir. Quanto à legalidade do aproveitamento, conforme a tese adotada na Suprema Corte, "qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados." – destaquei

Por fim, destaque-se que o referido Mandado de Segurança n. 28.594/DF, trata de questão jurídica idêntica a da presente impetração, ainda que a sequência dos fatos ocorridos no concurso para ingresso na carreira da magistratura mineira, discutida naqueles autos, não seja exatamente a mesma dos fatos ocorridos no concurso em questão. Diferem apenas porque o ato coator, que excluiu os candidatos, no caso mineiro, partiu do Conselho Nacional de Justiça, após o aproveitamento realizado pela Comissão Examinadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, enquanto no presente caso a exclusão se deu por ato da Comissão Organizadora (fls. 13 e 159). Essa diferença factual, todavia, não impede a aplicação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que as questões de direito, à toda evidência, se identificam.

Uma vez ocorrido o erro da administração, e criada a expectativa no candidato para a convocação para as demais fases, se afigura a solução mais justa ao caso, na medida em que o edital é a lei que rege o concurso.

Ademais, frise-se que a solução ora dada não violará a necessidade de obediência às legislações concernentes às cotas reservadas aos deficientes, negros e índios, na medida em que a chamada para a posse deverá respeitar a proporção, conforme as vagas que forem criadas/abertas durante o prazo de validade do concurso. Tal premissa não pode ser afastada da solução adotada, obviamente.

Diante de todo o exposto, verificada a liquidez e a certeza do direito alegado na inicial e verificado que o ato coator foi expedido em contrariedade a princípios constitucionais que incidem diretamente no caso concreto, deve-se conceder a ordem, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a segurança, preservando o cumprimento do previsto no Edital de Abertura, para reconhecer ao impetrante o direito de participar das demais etapas do concurso aberto, conforme o Edital n. 1/2015, considerando-o aprovado e classificado, podendo participar de futuras nomeações, mera expectativa de direito que detém, a depender da criação/abertura de novas vagas, dentro do prazo de validade do concurso, e respeitando-se as demais proporções previstas (vagas de deficientes e índios).

Sem custas, em razão da isenção prevista no art. 24, inc. I, do Regimento de Custas (Lei Estadual n. 3.779/2009)[2].

Sem honorários, conforme art. 25, da Lei n. 12.016/2009[3] e nos moldes dos enunciados de Súmula 512, do STF[4], e 105, do STJ[5].

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

***

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

3 Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

4 Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

5 Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

Órgão Especial
Mandado de Segurança Coletivo nº 1403972-27.2016.8.12.0000
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

MANDADO DE SEGURANÇA – REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR INATIVO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NÃO CONCESSÃO.

O servidor público não possui direito adquirido a regime jurídico e, portanto, observada a irredutibilidade dos vencimentos, não tem o inativo, embora aposentado na última classe (então existente) da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira reestruturada por lei superveniente.

Mandado de Segurança que se denega em razão de inexistência a violação a direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Edima Ferreira, Janilda Domingas Moaccar Orro, José Edson Autos de Oliveira, Marlene Francisca de Barros Calhão, Noemia da Silva Cardoso e Solange de Fátima Scarmagnan Martelli impetram mandado de segurança coletivo, com pleito liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Diretor Presidente da Agência Estadual da Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV.

Relatam que são funcionários público aposentados integrantes da carreira de Auditoria Geral do Estado, sendo que a aposentadoria deu-se no nível mais elevado, qual seja, classe Master, conforme art. 39, da Lei n.º 3.863/2010, com redação anterior a Lei n.º 4.498, de 03 de abril de 2014.

Esclarecem que até o momento da aposentadoria obtiveram progressão funcional e atingiram o nível máximo da carreira, contudo, com o advento da legislação mencionada foi criada uma classe superior a que se encontram os impetrantes, denominada Classe Especial.

Argumentam que sendo certo que estavam enquadrados na última classe existente ao tempo da aposentadoria fazem jus ao enquadramento na Classe Especial, sobretudo por que a legislação em vigor reduziu o tempo mínimo para atingir referida classe.

Informam que ingressaram com pedido administrativo n.º 55/500900/2015 para alteração da classe ou obtenção dos vencimentos referentes à classe especial, contudo, referido pleito foi indeferido ao argumento de que a Lei n.º 4.498/2014 é omissa quanto ao reenquadramento.

Alegam que mês a mês os impetrantes têm seus direitos violados resultando em prejuízo financeiro consistente no recebimento em valor inferior aos que lhe é devido pelo reenquadramento.

Pugna pela concessão da liminar a fim de que seja determinada a revisão de seus proventos de aposentadoria a fim de assegurar os valores relativos a classe especial do cargo de Auditor do Estado.

A liminar foi indeferida (f. 66/68) e as autoridades coatoras prestaram informações (f. 85/105 e 160/178).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela não concessão da segurança (f. 812/189).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Edima Ferreira, Janilda Domingas Moaccar Orro, José Edson Autos de Oliveira, Marlene Francisca de Barros Calhão, Noemia da Silva Cardoso e Solange de Fátima Scarmagnan Martelli impetram mandado de segurança coletivo, com pleito liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Diretor Presidente da Agência Estadual da Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV.

Os impetrantes são funcionários públicos aposentados integrantes da carreira de Auditoria Geral do Estado, sendo que a aposentadoria deu-se no nível mais elevado, qual seja, classe Master, conforme art. 39, da Lei n.º 3.863/2010, com redação anterior a Lei n.º 4.498, de 03 de abril de 2014.

Esclarecem que até o momento da aposentadoria obtiveram progressão funcional e atingiram o nível máximo da carreira, contudo, com o advento da legislação mencionada foi criada uma classe superior a que se encontram os impetrantes, denominada Classe Especial.

Argumentam que sendo certo que estavam enquadrados na última classe existente ao tempo da aposentadoria fazem jus ao enquadramento na Classe Especial, sobretudo por que a legislação em vigor reduziu o tempo mínimo para atingir referida classe.

Informam que ingressaram com pedido administrativo n.º 55/500900/2015 para alteração da classe ou obtenção dos vencimentos referentes à classe especial, contudo, referido pleito foi indeferido ao argumento de que a Lei n.º 4.498/2014 é omissa quanto ao reenquadramento.

A estrutura de cargos de Auditor de Estado é regulamentada pela Lei n.º 4.498/2014, tendo a mesma sofrido alteração que incluiu mais uma classe na carreira nos seguintes termos:

> *" Art. 9º A carreira Auditoria é estruturada pelos cargos de Auditor do Estado e de Técnico em Auditoria, desdobrados hierarquicamente, em ordem decrescente, com as seguintes Classificações:*
>
> *I - Classe Especial; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)*
>
> *II - Classe Máster; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)*
>
> *III - Classe Sênior; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)*

IV - Classe Plena; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

V - Classe Júnior. (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

Art. 10. O quadro permanente de pessoal da carreira Auditoria, do Grupo Ocupacional Auditoria, é composto por 200 (duzentos) cargos efetivos de Auditor do Estado, e 3 (três) cargos efetivos de Técnico em Auditoria, que compõem as tabelas de lotação da Auditoria-Geral do Estado. (Redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

§ 1º Para assegurar o eficaz cumprimento das atribuições do cargo de Auditor do Estado, e atender às necessidades administrativas dos órgãos e entidades da administração indireta, os auditores serão distribuídos entre as classes da seguinte forma:

I - 30 (trinta) cargos na classe especial; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

II - 35 (trinta e cinco) cargos na classe Máster; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

III - 40 (quarenta) cargos na classe Sênior; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

IV - 45 (quarenta e cinco) cargos na classe Pleno; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

V - 50 (cinquenta) cargos na classe Júnior. (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

§ 2º Para assegurar o eficaz cumprimento das atribuições do cargo de Técnico em Auditoria e atender às necessidades administrativas do órgão, os Técnicos serão distribuídos nas seguintes classes:

I - Especial; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

II - Máster; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

III - Sênior; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

IV - Plena; (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)

V - Júnior. (redação dada pela Lei nº 4.498, de 3 de abril de 2014)"

O acesso a cada um dos níveis da carreira d-ase mediante promoção do servidor, conforme art. 31 e seguintes, da Lei n.º 3.863/2010, *in verbis*:

"Art. 31. A promoção ocorrerá, alternadamente, pelos critérios de antiguidade e merecimento, sempre que existir vaga disponível na classe mais elevada, concorrendo os servidores integrantes da carreira Auditoria que atenderem aos seguintes Requisitos:

I - pelo critério de antiguidade deverá contar, no mínimo, com três anos de efetivo exercício na classe em que estiver classificado; (redação dada pela Lei nº 4.187, de 16 de maio de 2012)

II - pelo critério do merecimento, desde que preencher os seguintes requisitos:

a) contar, no mínimo com dois anos de efetivo exercício na classe em que estiver classificado; (redação dada pela Lei nº 4.187, de 16 de maio de 2012)

b) atingir cinquenta por cento, ou mais, dos pontos totais previstos para a avaliação de desempenho, nos últimos dois anos; (redação dada pela Lei nº 4.187, de 16 de maio de 2012)

c) contar com setenta por cento, ou mais, dos pontos totais previstos para a última avaliação anual.

§ 1º O merecimento será aferido por avaliação anual de desempenho, conforme critérios e condições estabelecidos em regulamentos da Administração Pública Estadual.

§ 2º A confirmação do interstício para concorrer à promoção exclui da contagem do tempo de serviço todas as ausências não justificadas ou não abonadas e os afastamentos não considerados de efetivo exercício ocorridos durante o período de apuração desse Interstício.

§ 3º Os períodos de afastamento para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, cujas atribuições exijam conhecimentos inerentes às atribuições do cargo efetivo da carreira Auditoria, não serão descontados na contagem do interstício para a promoção por antiguidade, sendo vedada a promoção por merecimento.

Art. 32. Na movimentação por promoção os integrantes da carreira Auditoria serão posicionados na classe imediatamente superior à que possuem, observados os limites fixados nesta Lei.

Art. 33. Será considerada como data inicial para a apuração dos interstícios referidos no inciso I e na alínea ' a' do inciso II do art.31, a data:

I - do início do exercício no cargo efetivo, em razão de provimento decorrente de nomeação após aprovação em concurso público;

II - do início da vigência da última promoção dentro do respectivo cargo efetivo;

III - da data do enquadramento realizado em razão da Lei nº 2.065, de 1999, ressalvados os casos de servidores que não foram aprovados em concurso público, que passaram a integrar o quadro suplementar ou o especial.

Art. 34. Na apuração da pontuação da avaliação de desempenho para a promoção por merecimento e para a promoção por antiguidade, se houver empate, terá precedência o servidor que tiver: (redação dada pela Lei nº 4.187, de 16 de maio de 2012)

I - maior tempo de serviço na carreira;

II - maior tempo de serviço na Auditoria-Geral do Estado;

III - maior idade.

Art. 35. Não concorrerá à promoção por merecimento o servidor que, no período que servir de base para avaliação de desempenho, estiver em uma ou mais das seguintes situações:

I - ter usufruído licença por mais de cento e vinte dias, consecutiva ou não, sob qualquer título, no período considerado para a apuração do interstício;

> *II - ser cedido para órgão ou entidade, a qualquer título, no período considerado para apuração do interstício;*
>
> *III - ter cumprido penalidade de suspensão disciplinar, mesmo quando convertida em multa;*
>
> *IV - ter seis ou mais faltas não abonadas, ou não justificadas, consecutivas ou não, nos seis meses anteriores à data de apuração do interstício para promoção;*
>
> *V - ter registro de penalidade de repreensão nos últimos doze meses anteriores à data de apuração do interstício para promoção."*

A promoção, portanto, exige que o servidor cumpra critérios estabelecidos na lei – tanto para antiguidade como merecimento – não havendo previsão de promoção automática decorrente apenas do tempo de permanência em cada nível da carreira.

Não bastasse a necessidade de preenchimento de requisitos objetivos pelo servidor público para a promoção faz-se necessário, conforme o disposto no art. 31, caput, da Lei n.º 3.863/2010, a existência de vaga disponível na classe mais elevada.

Logo, a pretensão dos impetrantes esbarra no texto legal, posto que não existe como dito promoção automática para a classe que não existia quando da aposentadoria dos mesmos.

Ademais, ainda que se considerasse a hipótese de promoção de servidor inativo os mesmos não preencheriam os requisitos exigidos pela lei, eis que a própria condição de inatividade inviabiliza o preenchimento de requisitos temporais, por exemplo.

Ainda em desfavor dos impetrantes verifica-se o disposto no art. 40, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece: *"Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão"*

De outro vértice, há de se observar que apesar da alteração legislativa que reestruturou a carreira de Auditor os impetrantes não sofreram redutibilidade em seus vencimentos e, portanto, não se verifica violação a direito líquido e certo.

Por fim, como bem lembrou o "Parquet", o Pretório Excelso já pacificou o entendimento de que aos servidores inativos não é possível estender vantagens pecuniárias decorrentes de reposicionamento na carreira de servidores ativos e citou os seguintes julgados em sede de repercussão geral (f. 187):

> *"CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - REESTRUTURAÇÃO DE PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - SERVIDOR APOSENTADO NO ÚLTIMO NÍVEL DA CARREIRA, REENQUADRADO EM PADRÃO INFERIOR - PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DEBATIDA.*
>
> *Possui repercussão geral a questão constitucional atinente ao direito de servidores inativos a continuar situados no último nível da carreira (nível no qual foram aposentados), mesmo diante da reestruturação do plano de cargos e salários."* [1]
>
> *"CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO- EXTENSÃO, A SERVIDORES APOSENTADOS, DE VANTAGENS CONCEDIDAS A SERVIDORES ATIVOS - REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRA – ARTIGO 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO*

1 RE 606199 RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 16/06/2011.

(REDAÇÃO ANTERIOR À EC 41/03) - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO – PECULIARIDADES DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA DECORRENTE DA LEI 13-666/02 DO ESTADO DO PARANÁ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Segundo a jurisprudência firmada em ambas as Turmas do STF, não há direito adquirido a regime jurídico. Assim, desde que mantida a irredutibilidade, não tem o servidor inativo, embora aposentado na última classe da carreira anterior, o direito de perceber proventos correspondentes aos da última classe da nova carreira, reestruturada por lei superveniente. Precedentes.

Todavia, relativamente à reestruturação da carreira disciplinada pela Lei 13.666/02, do Estado do Paraná, assegura-se aos servidores inativos, com base no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal (redação anterior à da EC 41/03), o direito de ter seus proventos ajustados, em condições semelhantes aos servidores da ativa, com base nos requisitos objetivos decorrentes do tempo de serviço e da titulação, aferíveis até a data da inativação. 3. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento." [2]

Ante o exposto, denego a segurança impetrada em favor de Edima Ferreira, Janilda Domingas Moaccar Orro, José Edson Autos de Oliveira, Marlene Francisca de Barros Calhão, Noemia da Silva Cardoso e Solange de Fátima Scarmagnan Martelli.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

***

2 RE 606199, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/10/2013.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0822418-32.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C DESFAZIMENTO DE CONSTRUÇÃO – ÁREA PÚBLICA – JUSTIÇA GRATUITA – HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA – DEFERIDA – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE POSSE – ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA QUE NÃO INDUZEM POSSE – ARTIGO 1º, INCISO XVI, DA LEI MUNICIPAL N. 4792/2009 – IRRELEVÂNCIA – BEM QUE PERMANECE SOB DOMÍNIO PÚBLICO – CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO À MORADIA – NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA – RECURSO IMPROVIDO.

Considerando a Declaração de Hipossuficiência Financeira, afirmando a impossibilidade financeira da apelante, bem como o fato de que recebe junto ao INSS benefício de amparo social ao idoso, no valor de R$ 788,00, benefício este que é concedido ao cidadão com mais de 65 anos, cuja renda por pessoa do grupo familiar seja inferior a 1/4 do salário-mínimo[1], deve-se conceder o benefício pleiteado.

O possuidor terá o direito de ser reintegrado na posse nos casos de esbulho, devendo, para tanto, comprovar a sua posse, o esbulho, a data do esbulho e a perda da posse, conforme determinam os arts. 926 e 927, do CPC/1973

No caso dos autos, considerando que se trata de ocupação de área pública, a ré/apelante não pode ser reconhecida como possuidora, mas mera detentora do imóvel, tanto que não há se falar em usucapião de bem público. Desse modo, não tendo desocupado o imóvel voluntariamente, após regular notificação, tem-se que a apelante passou a exercer posse irregular da propriedade, circunstância caracterizadora do esbulho possessório.

Apesar do imóvel em litígio, desde 2009, constituir área pública apta à desafetação, desdobramento e alienação pela administração pública, o fato é que, conforme ressaltou o magistrado *a quo*, *"o Poder Público não desafetou a área, permanecendo o bem sob o domínio público*".

A ré/apelante não comprovou a formulação de pedido de concessão de uso especial para fins de moradia da área pública em discussão, e nem que a Administração Pública quedou-se inerte ou recusou o pleito, não sendo a reintegração de posse o procedimento adequado para avaliar o cumprimento dos requisitos previstos na citada Medida Provisória.

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito à moradia, constitucionalmente previstos, não justificam o esbulho possessório, uma vez que concessão de imóvel, pelo governo, deve observar os requisitos legais e a ordem de preferência, bem como a estrita observância ao procedimento e às regras estabelecidas, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da razoabilidade.

1 http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-ao-idoso/

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 negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Inês de Oliveira Dorneles interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (fls. 176/185) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, na ação de reintegração de posse c/c desfazimento de construção movida pelo Município de Campo Grande, que julgou procedente o pedido inicial para determinar a reintegração do Município na posse do imóvel descrito na exordial, concedendo às demandadas, Inês Oliveira Dorneles e Priscila Andrade Oliveira, prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária e levantamento das benfeitorias que ergueram, e condenando-as ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada uma (fls. 170/173).

A apelante, em suas razões recursais (fls. 176/185), alega, inicialmente, que a área em discussão não foi invadida, motivo pelo qual não há se falar em ocupação irregular.

Para tanto, sustenta que na área em discussão residem três famílias, sendo a apelante a ocupante mais antiga, residindo na área desde 1989, ocasião em que firmou contrato de comodato junto à Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS e por mais de 10 anos trabalhava com horticultura.

Ressalta que "*a Prefeitura Municipal de Campo Grande na data de na data de 29 de Dezembro de 2009, publicou no DIOGRANDE, Lei Municipal n. 4.792/09, autorizando o Poder Executivo a desafetar, desdobrar e alienar áreas de domínio público municipal, inclusive esta área ocupada pela Apelante*", o que demonstra não haver finalidade publica na reintegração, tampouco na retirada e demolição das construções.

Afirma que em 19/04/2012 a própria Prefeitura solicitou o desdobro da área em questão, gerando o processo administrativo n. 36.579/2012-29, e ainda, que a Empresa EMHA – Agência Municipal de Habitação *"foi até a casa da Apelante e cadastrou as famílias, dividiu os lotes, faltando apenas a conclusão do processo administrativo para a regularização da área*".

Salienta, ainda, que a edificação do imóvel da apelante não é recente, podendo-se inferir que o ente público há muito sabia da ocupação da área, contudo, manteve-se inerte, consentido com sua ocupação.

Subsidiariamente, a fim de conferir concretude à dignidade da pessoa humana, ao direito social à moradia, bem como à função social da propriedade, requer seja concedido o uso especial do imóvel para fins de moradia, ou "*que a Apelada juntamente com a empresa EMHA, conclua o processo de regularização desta área que não tem finalidade pública, vez que já foi desafetada e desdobrada por lei específica, regularizando a propriedade das famílias que ali residem por muitos anos e que não se opõem ao pagamento justo da propriedade incluindo-a no programa de habitação popular para toda a sua família*".

Por derradeiro, pugna pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/50, ao argumento de que não possui condições financeiras suficientes para arcar com as despesas processuais.

O apelado, embora devidamente intimado, deixou de apresentar constrarrazões ao recurso de apelação (fl. 218).

VOTO

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

Inês de Oliveira Dorneles interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (fls. 176/185) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, na ação de reintegração de posse c/c desfazimento de construção movida pelo Município de Campo Grande, que julgou procedente o pedido inicial para determinar a reintegração do Município na posse do imóvel descrito na exordial, concedendo às demandadas, Inês Oliveira Dorneles e Priscila Andrade Oliveira, prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária e levantamento das benfeitorias que ergueram, e condenando-as ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada uma (fls. 170/173).

A apelante, em suas razões recursais (fls. 176/185), alega, inicialmente, que a área em discussão não foi invadida, motivo pelo qual não há se falar em ocupação irregular.

Para tanto, sustenta que na área em discussão residem três famílias, sendo a apelante a ocupante mais antiga, residindo na área desde 1989, ocasião em que firmou contrato de comodato junto à Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS e por mais de 10 anos trabalhava com horticultura.

Ressalta que "*a Prefeitura Municipal de Campo Grande na data de na data de 29 de Dezembro de 2009, publicou no DIOGRANDE, Lei Municipal n. 4.792/09, autorizando o Poder Executivo a desafetar, desdobrar e alienar áreas de domínio público municipal, inclusive esta área ocupada pela Apelante*", o que demonstra não haver finalidade publica na reintegração, tampouco na retirada e demolição das construções.

Afirma que em 19/04/2012 a própria Prefeitura solicitou o desdobro da área em questão, gerando o processo administrativo n. 36.579/2012-29, e ainda, que a Empresa EMHA – Agência Municipal de Habitação *"foi até a casa da Apelante e cadastrou as famílias, dividiu os lotes, faltando apenas a conclusão do processo administrativo para a regularização da área*".

Salienta, ainda, que a edificação do imóvel da apelante não é recente, podendo-se inferir que o ente público há muito sabia da ocupação da área, contudo, manteve-se inerte, consentido com sua ocupação.

Subsidiariamente, a fim de conferir concretude à dignidade da pessoa humana, ao direito social à moradia, bem como à função social da propriedade, requer seja concedido o uso especial do imóvel para fins de moradia, ou "*que a Apelada juntamente com a empresa EMHA, conclua o processo de regularização desta área que não tem finalidade pública, vez que já foi desafetada e desdobrada por lei específica, regularizando a propriedade das famílias que ali residem por muitos anos e que não se opõem ao pagamento justo da propriedade incluindo-a no programa de habitação popular para toda a sua família*".

Por derradeiro, pugna pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/50, ao argumento de que não possui condições financeiras suficientes para arcar com as despesas processuais.

O apelado, embora devidamente intimado, deixou de apresentar contrarrazões ao recuso de apelação (fl. 218).

Consta dos autos que o Município de Campo Grande, ora apelado, ingressou com a presente Ação de Reintegração de Posse c/c Desfazimento de Construção, objetivando, em síntese, a reintegração da *"Área Institucional n. 08, localizada na Rua Diamante com a Rua Dom Duarte da Costa e Avenida Noroeste, parcelamento Vila Dom Pedrito, Bairro Rita Vieira, objeto da transcrição n. 94/745, 3-BQ, f. 118 da 1ª Circunscrição de Registro de Imóvel, com inscrição imobiliária n. 0838001001-2"* (fl. 2).

Para tanto, sustentou que através de vistoria local, realizada em 29/05/2012, restou verificado que os requeridos Inês Oliveira Dorneles, Emídio Dorneles de Oliveira e Priscila Andrade Oliveira teriam invadido e edificado construções em área de domínio público, sem nenhuma autorização, sendo que, embora intimados para desocuparem o imóvel, quedaram-se inertes. Desse modo, requereu a procedência da ação para que seja expedido mandado de reintegração de posse da área objeto da lide, com ordem expressa de arrombamento e demolição de construção.

A liminar de reintegração de posse deferida às fls. 45/47 foi cassada pelo Tribunal de Justiça, possibilitando a permanência da apelante no imóvel até o julgamento definitivo da demanda (fls. 156/163).

Posteriormente, houve a extinção do processo em relação à Emídio Dorneles de Oliveira, nos termos do art. 267, VIII, do CPC/1973 (fl. 164).

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos (fls. 170/173):

> *"Diante do exposto, julgo procedente a presente ação, para o fim de determinar a reintegração do autor na posse do imóvel descrito na exordial. Concedo às demandadas prazo de 30 (trinta) dias para desocupação voluntária e levantamento das benfeitorias que ergueram.*
>
> *Decorrido tal prazo, deverá o cartório expedir mandado de reintegração, ficando o autor autorizado a demolir as construções remanescentes.*
>
> *Condeno as requeridas ao pagamento das custas do processo e honorários ao patrono do autor, verba esta que arbitro, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada uma."*

Justiça Gratuita

Inicialmente, importante frisar que, como o objeto do recurso é justamente a concessão da gratuidade processual, o apelo não há de ser considerado deserto, mormente constatando-se que o pedido foi anteriormente formulado, ainda em sede de contestação, mas não analisado em primeira instância.

Em suas razões recursais, a apelante requer lhe seja concedido o benefício da justiça gratuita, sob o argumento de que não possui condições de arcar com as custas e demais despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, ressaltando ter como única fonte de renda o recebimento do benefício de amparo social LOAS, no importe de R$ 788,00.

Frise-se, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que basta a declaração de hipossuficiência para o deferimento da justiça gratuita, podendo o juiz indeferir o pedido se constatar que não restou comprovada a miserabilidade jurídica. A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. INDEFERIMENTO PELA INSTÂNCIA*

> *ORDINÁRIA, CONSIDERANDO INDEMONSTRADA A ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. PRETENDIDA INVERSÃO DO JULGADO. REVISÃO DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DO STJ. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADO. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS.1. Em regra, a justiça gratuita pode ser deferida à pessoa física mediante sua simples declaração de hipossuficiência, cabendo à parte contrária impugnar tal pedido. Não obstante, o Juiz da causa, em face das provas existentes nos autos, ou mesmo das que, por sua iniciativa, forem coletadas, pode indeferir o benefício, situação em que não há como rever sua decisão em recurso especial, a teor da Súmula n.º 07 desta Corte. Precedentes.2. Incide sobre a espécie o verbete sumular n.º 168 do STJ, in verbis: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." 3. Agravo regimental desprovido."*(AgRg nos EREsp 1229798/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 05/12/2011, DJe 01/02/2012)

Este Tribunal também já se manifestou no sentido de que "*Na linha de precedentes do STJ, em se tratando de concessão da assistência judiciária gratuita basta a simples declaração do autor afirmando a sua hipossuficiência para que seja deferido o benefício, ressalvado ao juiz rejeitar fundamentadamente o pleito, na forma do art. 5º da Lei n. 1.060/50*." (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/11/2014; Data de registro: 11/11/2014)

Na presente situação, considerando a declaração de hipossuficiência financeira de fls. 74 e 187, afirmando a impossibilidade financeira da apelante, bem como o fato de que recebe junto ao INSS benefício de amparo social ao idoso, no valor de R$ 788,00, benefício este que é concedido ao cidadão com mais de 65 anos, cuja renda por pessoa do grupo familiar seja inferior a 1/4 do salário-mínimo[2], deve-se conceder o benefício pleiteado.

Assim, a situação fática indica para a necessidade de se conceder os benefícios da justiça gratuita, ressalvada a possibilidade de a condição econômica da parte autora ser reavaliada com maior precisão na hipótese de o réu impugnar o pedido nos termos do art. 6º da Lei n. 1.060/50, com prova de situação financeira diversa que seja capaz de suportar os custos processuais.

Mérito

A apelante assevera, inicialmente, que a área objeto da lide não foi invadida, não havendo se falar em ocupação irregular.

Para tanto, afirma que na área em discussão residem três famílias, sendo a apelante a ocupante mais antiga, residindo na área desde 1989, ocasião em que firmou contrato de comodato junto à Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS e por mais de 10 anos trabalhava com horticultura.

Primeiramente, há que se registrar que tratando-se de ação possessória, o autor terá o direito de ser reintegrado na posse nos casos de esbulho, devendo, para tanto, comprovar a sua posse, o esbulho, a data do esbulho e a perda da posse, conforme determinam os arts. 926 e 927, do CPC/1973. Veja-se:

> *"Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho."*
>
> *Art. 927. Incumbe ao autor provar:*
>
> *I - a sua posse;*

2 http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-ao-idoso/

> *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".*

Logo, "*Segundo descreve o art. 927 do CPC, na ação de reintegração de posse incumbe ao autor provar sua posse, o esbulho praticado pelo réu, sua data, assim como a perda da posse*." (0002121-45.2011.8.12.0021. Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/12/2015; Data de registro: 04/12/2015)

Da análise dos autos, constata-se por meio da Escritura Pública n. 94.745, do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande (fl. 22), que a área em litígio pertence à Prefeitura Municipal de Campo Grande, sendo, portanto, pública.

Outrossim, quando proposta a presente demanda, a apelante encontrava-se na área há aproximadamente 15 (quinze) anos, mediante "Termo de Permissão de Uso" firmado com o Poder Público Municipal, datado de 25 de setembro de 1998 (fls. 92/98/99), com prazo de duração de 1 (um) ano, restando incontroverso nos autos já ter vencido o contrato desde 1999.

Após expirado o prazo do mencionado contrato, a ré/apelante permaneceu ocupando a área pertencente à municipalidade, tendo o Município promovido notificação acerca da irregularidade da ocupação em área pública e solicitado a desocupação do imóvel, em 29/05/2012 (fl. 33), 25/06/2012 (fl. 35) e 17/04/2013 (fl. 37).

Ocorre que, mesmo tendo sido notificada por 3 (três) vezes para desocupação, a apelante permaneceu no bem público, havendo justificativa legal para determinar a reintegração de posse à administração municipal, porquanto caracterizado o esbulho possessório.

No caso dos autos, considerando que se trata de ocupação de área pública, a ré/apelante não pode ser reconhecida como possuidora, mas mera detentora do imóvel, tanto que não há se falar em usucapião de bem público. Desse modo, não tendo desocupado o imóvel voluntariamente, após regular notificação, tem-se que a apelante passou a exercer posse irregular da propriedade, circunstância caracterizadora do esbulho possessório.

Ademais, não merece prosperar a alegação de que o Município consentiu com a ocupação da apelante, pois quedou-se inerte por vários anos, mesmo sabendo da ocupação da área, notadamente porque houve tão somente atos de permissão ou tolerância, os quais não induzem posse.

A propósito, conforme determina o art. 1.208 do Código Civil, *"Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade"*.

Sobre o não reconhecimento de posse, mas mera detenção sobre área pública, colho os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL. POSSE DE BEM PÚBLICO OCUPADO COM BASE EM "CONTRATO VERBAL". INVIABILIDADE. COM A EXTINÇÃO DE AUTARQUIA ESTADUAL, OS BENS, DIREITOS E OBRIGAÇÕES TRANSFEREMSE AO ENTE PÚBLICO FEDERADO. LIMINAR EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, TENDO POR OBJETO ÁREA OCUPADA, MESMO QUE HÁ MAIS DE ANO E DIA. POSSIBILIDADE. (...) 3. O artigo 1.208 do Código Civil dispõe que "não induzem posse*

os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade". 4. Após regular notificação judicial para desocupação do imóvel, e com a recusa do detentor, passou a haver esbulho possessório, mostrando-se adequada a ação de reintegração de posse. 5. Descabe análise a respeito do tempo de "posse" do detentor, pois, havendo mera detenção, não há cogitar de "posse velha" (artigo 924 do Código de Processo Civil) a inviabilizar a reintegração liminar em bem imóvel pertencente a órgão público. 6. Recurso especial provido." (REsp 888.417/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. BENS PÚBLICOS. AÇÃO POSSESSÓRIA DE REINTEGRAÇÃO. DETENÇÃO IRREGULAR DO PARTICULAR. DESOCUPAÇÃO. CABIMENTO.(...) 2. Trata-se, in casu, de bem público ocupado irregularmente por particular que, mesmo após notificação para desocupação, permaneceu no bem. Insurge-se o recorrente contra o tipo de ação promovida pela recorrida para fazer cessar a desocupação. 3. Tem-se caso de ocupação de área pública, a qual, dada sua irregularidade, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. 4. Não há como prosperar qualquer alegação do recorrente para fazer-se permanecer com a detenção irregular do bem público. Ademais, não se discute nos autos a propriedade do bem, portanto, plenamente cabível a ação possessória para fazer desocupar de bem público quem o detinha de forma irregular. Portanto, não pode prosperar a alegação do recorrente de que não cabe ação possessória de reintegração no presente caso. 5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1203500/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010)

"EMBARGOS DE TERCEIRO - MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE POSSE - DIREITO DE RETENÇÃO NÃO CONFIGURADO. 1. Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de serreconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. 2. A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção (...)" (REsp 556.721/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 172)

No mesmo sentido, é o entendimento deste Tribunal:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO – CONTRATO DE COMODATO – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO DESPROVIDO.

Tratando-se de ocupação de imóvel municipal, não se configura posse mas mera detenção de natureza precária.

Comprovados os requisitos do art. 927 do CPC, correta a decisão que determinou a reintegração de posse." (Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Aparecida do Taboado; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26/04/2016; Data de registro: 27/04/2016)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE BEM PÚBLICO TUTELA ANTECIPADA REQUISITOS PREENCHIDOS DECISÃO MANTIDA RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É possível a antecipação de tutela em ação de reintegração de posse em que o esbulho data de mais de ano e dia (posse velha),submetida ao rito comum, desde que presentes os requisitos que autorizam

> *a sua concessão, previstos no art. 273 do CPC. Particular não exerce posse sobre bem público, restando caracterizada mera detenção, que não legitima proteção possessória".* (Agravo de Instrumento Nº 1411106-76.2014.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 4 de novembro de 2014)

Da mesma forma, não merece prosperar a alegação da apelante no sentido de que houve a publicação da Lei Municipal n. 4792, de 23 de dezembro de 2009, que "*autoriza o poder executivo a desafetar, desdobrar e alienar áreas de domínio público municipal e dá outras providências*", fato este que demonstra não haver finalidade publica na reintegração, tampouco na retirada e demolição das construções.

Estabelece o art. 1º da Lei Municipal n. 4792/2009:

> *"Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a desafetar, desdobrar e alienar áreas de domínio público municipal, a seguir descritas:*
>
> *XVI - Área Institucional 08, Parcelamento: Vila Dom Pedrito - Bairro: Rita Vieira."*

Apesar do imóvel em questão*, "área institucional 08, parcelamento: Vila Dom Pedrito, bairro Rita Vieira",* desde 2009, constituir área pública apta à desafetação, desdobramento e alienação pela administração pública, o fato é que, conforme ressaltou o magistrado *a quo*, *"o Poder Público não desafetou a área, permanecendo o bem sob o domínio público*".

Embora a Empresa EMHA - Agência Municipal de Habitação de Campo Grande/MS tenha realizado projeto de desdobro do terreno em litígio (fls. 81/82), tal fato, por si só, não tem o condão de criar qualquer direito em relação à apelante.

Por sua vez, as questões atinentes à existência de procedimento administrativo (n. 36.579/2012-29) junto à Empresa EMHA - Agência Municipal de Habitação de Campo Grande/MS, não podem ser alegadas com o propósito de impedir o Município de reaver a posse do imóvel do qual é o legítimo proprietário, notadamente porque não guardam consonância com a ação possessória, devendo, portanto, serem pleiteadas em ação própria.

Registra-se, ainda, que a apelante não anexou qualquer documento que corroborasse a alegação no sentido de que a Empresa EMHA cadastrou as famílias residentes na área em litígio para a devida regularização, tampouco comprovou sua participação em programas do Governo destinados à moradia e habitação.

No que diz respeito à concessão especial de uso, prevista na Medida Provisória nº 2.220/2001, a ré/apelante não preenche os requisitos necessários.

Confira-se a redação do art. 1º da referida Medida Provisória, *in verbis*:

> *"Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural."*

Para a obtenção do benefício, entretanto, cumpre ao interessado requerê-lo na via administrativa, conforme disciplina o art. 6º da Medida Provisória n. 2.220/01:

> *«Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial. «*

Na hipótese dos autos, a ré/apelante não comprovou a formulação de pedido de concessão de uso especial para fins de moradia da área pública em discussão, e nem que a Administração Pública quedou-se inerte ou recusou o pleito, não sendo a reintegração de posse o procedimento adequado para avaliar o cumprimento dos requisitos previstos na citada medida provisória.

Ademais, em que pese ser fato incontroverso que a apelante permaneceu na área há aproximadamente 15 (quinze) anos, o Relatório de Vistoria, o qual não foi impugnado, consignou que a "*Senhora Inês Oliveira Dorneles, RG. Nº 00670359 SSP/MS, alegou que é a responsável por toda a área, e está ocupando somente a casa de Nº 01, construída em alvearia com 271,7 m²*" (fl. 41), superando, portanto, o limite previsto no art. 1º da Medida Provisória 2.220/2001, de 250m².

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência pátria:

> *"AÇÃO DECLARATÓRIA - CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA - Bem público estadual - Alegação de ocupação do imóvel desde a década de 70 - Sentença de improcedência - Recurso das partes. RECURSO DA AUTORA - Pleito de reforma para o reconhecimento da procedência da ação - Inadmissibilidade - Ocupação ininterrupta da avó paterna da autora a partir da assinatura da autorização de uso - Ausência de prova de que a herdeira - neta- residisse no imóvel quando foi aberta a sucessão - Requisito legal não preenchido. O reconhecimento do direito à concessão de uso especial para moradia pela via judicial depende da realização de prévio pedido administrativo - Ausência de requisição administrativa - Inércia da interessada que não tem o condão de se sobrepor aos ditames da lei e ao tramite que deve ser observado - Precedentes - Improcedência mantida. Pleito de afastamento da condenação em verbas de sucumbência e honorários advocatícios em razão da gratuidade concedida - Impossibilidade - Concessão do benefício que não implica em isenção - As verbas poderão ser cobradas na eventualidade de o beneficiário perder a condição legal de necessitado - Inteligência dos arts. 3º, 11, § 2º e 12 da Lei 1.060/50 - Condenação mantida." (...)* (TJ-SP - APL: 10170507220148260053 SP 1017050-72.2014.8.26.0053, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 02/03/2016, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/03/2016)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MUNICÍPIO DE CARVALHOS. AUTORIZAÇÃO PARA USO DE IMÓVEL POR SERVIDOR PÚBLICO. ZELADOR DE CLUBE RECREATIVO MUNICIPAL. SEPARAÇÃO. EX-MULHER E FILHOS. MORADIA GRATUITA. MERA DETENÇÃO DO IMÓVEL. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA. TESE DE DEFESA. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. POSSE INJUSTA E PRECÁRIA. REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (...). VI. A Medida Provisória n. 2.220/01, visando regularizar a ocupação ilegal de terrenos públicos, instituiu a concessão de uso especial de imóvel público para fins de moradia. Mas, para a obtenção do benefício, cumpre ao interessado requerê-lo na via administrativa. Somente em caso de negativa ou de inércia acerca do requerimento, caberá a intervenção judicial, mediante procedimento próprio, em que serão analisados os pressupostos da concessão do uso especial para fins de moradia. VII. A ação de reintegração de posse não é o procedimento adequado para avaliar o cumprimento dos requisitos previstos na Medida Provisória n. 2.220/01, sobretudo se não houve pedido na via administrativa. VIII. Presentes os requisitos contidos no art. 927 da Legislação Processual Civil, reafirma-se a procedência do "jus possessionis" em favor do Município de Carvalhos."* (TJ-MG - AC: 10012100015630001 MG, Relator: Washington Ferreira, Data de Julgamento: 22/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/01/2013)

Não é possível, portanto, a concessão de uso especial, de que trata a Medida Provisória nº 2.220/2001, por ausência dos pressupostos legais.

Cumpre salientar que os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito à moradia, constitucionalmente previstos, não justificam o esbulho possessório, uma vez que concessão de imóvel, pelo governo, deve observar os requisitos legais e a ordem de preferência, bem como a estrita observância ao procedimento e às regras estabelecidas, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da razoabilidade.

Acrescenta-se que o direito fundamental à moradia da apelante não é absoluto, não sendo crível que se utilize da ocupação irregular de área público, sob o argumento de que possui o direito à moradia, em descompasso com os programas governamentais e as normas que os regem, inclusive de preferência e de antecedência.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. TERRACAP. OPOSIÇÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE ENTRE PARTICULARES. ILEGITIMIDADE ATIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECLUSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA APELANTE. REJEIÇÃO. RÉ EM LUGAR INCERTO E DESCONHECIDO. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. INEXISTÊNCIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO À MORADIA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. (...) 4. Os postulados constitucionais relativos à função social da propriedade e do direito à moradia não podem chancelar a ocupação irregular e clandestina de imóvel público, sob pena de se ofender o ordenamento jurídico pelo desrespeito aos princípios da isonomia e da legalidade. (...)"* (TJ/DFT - Acórdão n.793911, 20140110392110APC, Relator: Simone Lucindo, Revisor: Alfeu Machado, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 05/06/2014. Pág.: 82)

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE PRODUZIR PROVAS. REJEIÇÃO. OCUPAÇÃO ILEGAL DE TERRAS PÚBLICAS. INTIMAÇÃO PARA DEMOLIÇÃO. LEGALIDADE. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA MORADIA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.220/2001. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS. DIREITO À MORADIA. OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS PERTINENTES. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.(...) 4 – O direito à moradia não é absoluto e para que as pessoas que não possuem condições de arcar com a aquisição da casa própria recebam imóvel do Estado é necessária a participação nos programas governamentais habitacionais, não prescindindo da observância das regras pertinentes e do preenchimento das exigências estabelecidas, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da isonomia.* (...) Apelação Cível parcialmente provida." (TJ-DF - APC: 20110110034835 DF 0001353-23.2011.8.07.0001, Relator: Angelo Canducci Passareli, Data de Julgamento: 30/10/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 07/11/2013 . Pág.: 131)

Destarte, estando devidamente comprovados os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, a manutenção da sentença é de rigor.

Dispositivo

Em face do exposto, defiro o pedido de justiça gratuita formulado pela apelante e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Inês de Oliveira Dorneles, mantendo inalterada a sentença de primeira instância.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa

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

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

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801950-89.2015.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA AVÓ, COMO DEPENDENTE NATURAL NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE GUARDA – ART. 33, § 3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PROTEÇÃO AO MENOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Em razão do disposto no artigo 33, §3º, do ECA *"A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários"*. Motivo pelo qual menor sob guarda da tia deve ser incluído em plano de saúde como seu dependente natural.

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, 26 de outubro de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (fls. 124/130) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer movida por Edna Maria Mariano que julgou procedentes os pedidos iniciais "*para o fim de determinar à Requerida Cassems que proceda à inclusão do menor Mateus Vinicius Mariano dos Santos, na qualidade de dependente natural, no Plano de Saúde titularizado pela Autora perante a Requerida, devendo abster-se de cobrar qualquer valor adicional em razão dessa inclusão, sob pena de incorrer em multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento dessa obrigação, limitada inicialmente a 30(trinta) dias*." E, ainda, condenou a demandada ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes no valor de R$ 1.000,00.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 133/162), alega, em síntese, que a sentença de primeiro grau determinou a inclusão, no plano de saúde, de neto da apelada, que se encontra sob sua guarda, como dependente natural. Todavia, a disposição estatuaria determina que em tais casos, deve haver a inscrição na condição de dependente agregado, com contribuição específica.

Aduz ser inviável a equiparação do menor sob guarda ao filho de segurado para fins de dependência, devendo ser obedecidas as normas previstas no estatuto e prevalecendo o contrato estabelecido entre as partes, mesmo porque a autonomia associativa é plena, garantida constitucionalmente, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Acrescenta que "*A decisão proferida está ferindo direito associativo, criando direito inexistente a recorrida, pois o direito de prestação de assistência material, moral, educacional à criança ou adolescente, é dever do guardião e não de terceiros alheios ao processo que conferiu a guarda à recorrida*." (fls. 139)

Assevera não haver qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na previsão estatutária no sentido de que a inclusão de menores sob guarda se dará na qualidade de dependente agregado, com a devida contraprestação pecuniária.

Sustenta que foram desconsiderados os requisitos necessários para inclusão e/ou admissão de beneficiário, e por consequência, desconsiderado o dispositivo expresso do estatuto da associação quanto aos direitos e deveres dos associados, que implica e reflete na fonte de custeio, em manifesta afronta e confronto ao disposto no art. 54, e incisos, do código civil.

Afirma que não há impedimento para a inclusão ou permanência de menor sob guarda mas, contudo deve ser inscrito e mantido mediante a necessária e respectiva contribuição para a fonte de custeio.

Prequestiona possível negativa de vigência ao artigo 2º e ao artigo 5º, II, XVII, XVIII, XX, da Constituição Federal; artigo 472, do Código de Processo Civil; artigo 54, II, III, IV, do Código Civil.

Por fim, requer o provimento do presente recurso, para que seja totalmente reformada a sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente o pedido formulado pela parte autora.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 169/176), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (fls. 124/130) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Edna Maria Mariano que julgou procedentes os pedidos iniciais "*para o fim de determinar à Requerida Cassems que proceda à inclusão do menor Mateus Vinicius Mariano dos Santos, na qualidade de dependente natural, no Plano de Saúde titularizado pela Autora perante a Requerida, devendo abster-se de cobrar qualquer valor adicional em razão dessa inclusão, sob pena de incorrer em multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento dessa obrigação, limitada inicialmente a 30 (trinta) dias*." E, ainda, condenou a demandada ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes no valor de R$ 1.000,00.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 133/162), alega, em síntese, que a sentença de primeiro grau determinou a inclusão, no plano de saúde, de neto da apelada, que se encontra sob sua guarda, como dependente natural. Todavia, a disposição estatuaria determina que em tais casos, deve haver a inscrição na condição de dependente agregado, com contribuição específica.

Aduz ser inviável a equiparação do menor sob guarda ao filho de segurado para fins de dependência, devendo ser obedecidas as normas previstas no estatuto e prevalecendo o contrato estabelecido entre as

partes, mesmo porque a autonomia associativa é plena, garantida constitucionalmente, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Acrescenta que "*A decisão proferida está ferindo direito associativo, criando direito inexistente a recorrida, pois o direito de prestação de assistência material, moral, educacional à criança ou adolescente, é dever do guardião e não de terceiros alheios ao processo que conferiu a guarda à Recorrida*." (fls. 139)

Assevera não haver qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na previsão estatutária no sentido de que a inclusão de menores sob guarda se dará na qualidade de dependente agregado, com a devida contraprestação pecuniária.

Sustenta que foram desconsiderados os requisitos necessários para inclusão e admissão de beneficiário, e por consequência, desconsiderado o dispositivo expresso do estatuto da associação quanto aos direitos e deveres dos associados, que reflete na fonte de custeio, em manifesta afronta e confronto ao disposto no art. 54, do Código Civil.

Afirma que não há impedimento para a inclusão ou permanência de menor sob guarda mas, contudo deve ser inscrito e mantido mediante a necessária e respectiva contribuição para a fonte de custeio.

Prequestiona possível negativa de vigência ao artigo 2º e ao artigo 5º, II, XVII, XVIII, XX, da Constituição Federal; artigo 472, do Código de Processo Civil; artigo 54, II, III, IV, do Código Civil.

Por fim, requer o provimento do presente recurso, para que seja totalmente reformada a sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente o pedido formulado pela parte autora.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 169/176), pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que Edna Maria Mariano ingressou com a presente demanda em face de Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS sustentando, em síntese:

> *"(...) que é funcionária pública municipal e titular de plano de saúde administrado pela Requerida. Acrescenta que é avó da criança Mateus Vinicius Mariano dos santos, do qual também é guardiã desde o ano de 2011. Afirma que tentou inseri-lo como seu dependente no plano de saúde gerido pela requerida, mas teve seu pedido negado, uma vez que a requerida admite a inclusão do menor no plano apenas na condição de agregado, o que exige pagamento de custo adicional. Defende que o Estatuto da Criança e do Adolescente equipara o menor sob guarda à condição de dependente para todos os fins, inclusive beneficiários, sendo, por isso, ilegal a negativa da Requerida. Pede, ao final, a inclusão da criança no plano de saúde titularizado pela Requerente, na condição de dependente natural sem a cobrança de qualquer custo adicional."* (fls. 124)

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela e resolvo o mérito da demanda, julgando procedente o pedido formulado por Edna Maria Mariano em face da Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul (Cassems), ambas qualificadas nos autos, para o fim de determinar à Requerida Cassems que proceda à inclusão do menor Mateus Vinicius Mariano dos Santos, na qualidade de dependente natural, no Plano de Saúde titularizado pela Autora perante a Requerida, devendo abster-se de cobrar qualquer valor adicional em razão dessa inclusão, sob pena de incorrer em multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento dessa obrigação, limitada inicialmente a 30(trinta) dias.*

Condeno a Requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), tendo em vista a boa qualidade do trabalho prestado, a simplicidade da causa e o tempo de resolução da demanda." (fls. 129)

Por não se conformar com a sentença de primeiro grau, cuja parte dispositiva foi acima transcrita, a CASSEMS interpôs o presente recurso de apelação.

Pretende a apelante a reforma da sentença para que o menor sob guarda da parte autora não seja incluído como dependente natural no plano de saúde ao qual é vinculada.

Razão não lhe assiste.

Inicialmente, determina o artigo 4º, do Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS o que se segue:

"Art. 4º. - Podem ser Beneficiários:

I. Dependentes naturais dos associados titulares, assim definidos:

a) O cônjuge ou companheiro, sendo este a pessoa que mantenha a união estável com o Associado Titular ns forma definida na legislação vigente;

b) filhos não emancipados, de qualquer condiçãol menores de 21 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez;

c) filhos solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular;

d) enteados não emancipados, de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos, enquanto durar a invalidez, comprovando em ambos os casos a dependência econômica em relação ao Associado Titular;

e) enteados solteiros, sem rendimentos próprios, com idade entre 21 e 24 anos, que estejam cursando estabelecimento de ensino regular, desde que comprovada a dependência econômica em relação ao Associado Titular;

f) menores que se encontrem sob a tutela do Associado titular e não possuam bens ou rendimentos próprios suficientes para o próprio sustento e educação.

II. Dependentes-agregados dos associados titulares, assim definidos:

a) os pais;

b) os filhos e enteados que não se enquadrem na condição de dependentes naturais;

c) os irmãos;

d) os netos e sobrinhos;

e) os avós e os tios;

f) os sogros;

g) menores que, por determinação judicial, se encontrem sob a guarda do Associado Titular.

Parágrafo Único – Poderá, a qualquer tempo, ser definido o ingresso de novos tipos de dependentes, respeitando-se o limite ficado em legislação específica." (fls. 90/91)

Também, importante analisar o comando contido no artigo 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual "*A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários*."

Como se percebe, a própria lei estabelece que a guarda confere ao menor a condição de dependente do guardião não só para fins previdenciários, mas para todos os fins e efeitos de direito. E, se o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz nenhuma diferenciação entre menores sob a guarda e o próprio filho do titular, não poderia norma interna da apelante assim determinar.

Não é outro o posicionamento do STJ, segundo o qual

> *"A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, §3º, Lei n. 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente."* (AgInt no REsp 1586035/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n. 8.069/90, se sobrepõe ao Estatuto e Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS, tendo em vista a hierarquia existente entre as normas deve o menor ser incluído no plano de saúde em questão, como dependente daquela, como decidido em primeiro grau.

Além disso, como apontou a recorrente nas suas contrarrazões recursais, o estatuto da CASSEMS prevê em seu artigo 8º, §2º, que se consideram *"beneficiários, os dependentes naturais que o associado titular e o participante inscrever e que nessa qualidade tenham sido aceitos, em razão da legislação e normas vigentes, nos termos e condições estabelecidas em regulamento específico"*. (fls. 141) - grifei

Também, importante frisar que o STJ, inclusive em julgamento de recurso representativo da controvérsia[1] decidiu que:

> *"A nova redação dada pela Lei n.° 9.528/97 ao § 2° do art. 16 da Lei n.° 8.213/91 não teve o condão de derrogar o art. 33 da Lei n.° 8.069/90 (ECA), sob pena de ferir a ampla garantia de proteção ao menor disposta no art. 227 do texto constitucional, que não faz distinção entre o tutelado e o menor sob guarda. Permanece, pois, como dependente o menor sob guarda judicial, inclusive para fins previdenciários." (grifei)*

No mesmo sentido:

> *"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.*
>
> *1. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.*
>
> *2. Ocorre que,* ***a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal - dever do***

1 REsp 1411258. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 28/02/2014.

poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente - é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários *(art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90).*

3. Recurso especial desprovido." (REsp 859.277/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 20/11/2006, p. 360) - grifei

Não é outro o posicionamento adotado por este Tribunal em situações semelhantes, ao entender que "*O menor sob guarda (...) passa a ser equiparado ao filho, sendo elevado à condição de dependente obrigatório e natural para todos os efeitos e fins de direito, inclusive, previdenciários, conforme prevê o art. 33, § 3º, do ECA.*[2]" Veja-se:

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO AO FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO IMPROVIDO. O pedido de tutela antecipada deve ser concedida quando presente a verossimilhança das alegações constantes da inicial e quando demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. ***O menor sob guarda da avó segurada equipara-se a filho para todos os fins de direito, inclusive, previdenciário****."* (TJMS – Agravo Regimental em Agravo - N. 2008.004616-5/0001-00, Rel. Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Terceira Câmara Cível, 7.4.2008). – grifei

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PREJUDICIAL DE MÉRITO RELATIVA À DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – ***INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DA AVÓ, COMO DEPENDENTE NATURAL DESTA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DO ESTADO DE GUARDA – ART. 33, §3º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*** *– PROTEÇÃO AO MENOR – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO".* (Apelação Cível n. 2011.001598-8, Rel. Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso,Quinta Câmara Cível j. 17.2.2011). - grifei

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – INCLUSÃO DE MENOR SOB A GUARDA DO TITULAR EM PLANO DE ASSISTÊNCIA – CASSEMS – EQUIPARAÇÃO À FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS E EFEITOS – ECA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. ***O menor, sob a guarda da avó, é equiparado a seu filho e, portanto, seu dependente para todos os fins e efeitos, motivo pelo qual a inclusão no plano de assistência gerenciado pela CASSEMS deve ser efetivada independentemente de qualquer contraprestação financeira.*** *Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, o regimental não deve ser provido."* (TJMS, Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.016853-6/0001-00, Rel. Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Segunda Câmara Cível, j. 17.07.2012). - grifei

2 0800223-83.2011.8.12.0046 Apelação Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva Comarca: Chapadão do Sul Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data do julgamento: 31/01/2013 Data de registro: 06/02/2013.

Vale destacar que:

> *"De fato, a assistência à saúde prestada pela apelante mediante associação facultativa do beneficiário ao plano privado e o pagamento da respectiva contribuição mensal que serve de fonte de custeio, não se confunde com a previdência; todavia, conforme visto acima, a própria lei estabelece que a guarda confere ao menor a condição de dependente do guardião não só para fins previdenciários, mas para todos os fins e efeitos de direito, fazendo com que o provimento judicial ora combatido esteja perfeitamente amparado pela norma aplicável à espécie e não calcado em interpretação equivocada da lei, sentimentalismos ou ato de solidariedade do Juízo."*[3]

Observa-se, também, que a guarda foi regularmente concedida à avó do menor, conforme termo de fls. 13, não prosperando a alegação de que a apelada teria a pretensão de transferir a responsabilidade que lhe cabe enquanto guardiã do menor para a CASSEMS, com o intuito de beneficiar-se indevidamente com a pretendida inclusão.

Como sabido, através da guarda o menor passa a ser equiparado ao filho, sendo atribuída a condição de dependente obrigatório e natural de quem detém a guarda para todos os fins de direito, pois ao guardião são atribuídas as mesmas obrigações originalmente incumbidas aos genitores, devendo este prestar assistência material, moral e educacional ao menor.

Dessa forma, estando comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para o dependente econômico do guardião, como ocorre na hipótese dos autos.

Por fim, no que tange ao prequestionamento de dispositivos legais, entendo desnecessária manifestação adicional a respeito, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> *"EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO CÍVEL – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – OBSCURIDADE – INEXISTENTE – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. (...)*
>
> *3. Fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário, sem necessidade de enfrentamento expresso."* (TJMS-3ªT., Proc. 2008.026957-4/0001.00, Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho, Jul. 08/02/2010)

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau que determinou à "*Cassems que proceda à inclusão do menor Mateus Vinicius Mariano dos Santos, na qualidade de dependente natural, no Plano de Saúde titularizado pela Autora perante a Requerida, devendo abster-se de cobrar qualquer valor adicional em razão dessa inclusão, sob pena de incorrer em multa de R$1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento dessa obrigação, limitada inicialmente a 30 (trinta) dias*."

Por fim, deixo de aplicar os honorários sucumbenciais recursais (artigo 85, §11, CPC/2015[4]), em obediência ao Enunciado Administrativo do STJ nº 7, segundo o qual "*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*."

3 Parte do voto exarado no Processo TJ/MS nº 0013794-03.2008.8.12.0001 de relatoria do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso ao analisar questão semelhante a ora decidida (Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data do julgamento: 17/02/2011 Data de registro: 28/02/2011.)

4 Art. 85. (...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

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

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

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1403634-53.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – IMPUGNAÇÃO, PELA VIA DIFUSA OU INCIDENTAL, DA LEI ESTADUAL N. 4.785, DE 16.12.2015, QUE ESTABELECE A OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO E LICENCIAMENTO NO DETRAN/MS DE TODOS OS VEÍCULOS A SEREM LOCADOS NESTE ESTADO, DE PROPRIEDADE DA LOCADORA/IMPETRANTE, COM DOMICÍLIO FISCAL EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (LEI EM TESE – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 266/STF) – REJEITADA – POSSIBILIDADE DE SE DECLARAR, INCIDENTALMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS EM MANDADO DE SEGURANÇA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR A RESPEITO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA NORMA, POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA, DA LIVRE LOCOMOÇÃO, BEM ASSIM AO PRINCÍPIO DA NÃO LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO DE PESSOAS E BENS, POR MEIO DA COBRANÇA DE TRIBUTOS, AINDA QUE INDIRETA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

De acordo com o entendimento desta Corte e dos Tribunais Superiores, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei de efeitos concretos em sede de mandado de segurança. Adequação da via eleita.

Declara-se, pelo meio difuso, ou incidental, a inconstitucionalidade de lei de efeitos concretos que estabelece a obrigatoriedade de registro e licenciamento no órgão de trânsito estadual, sob pena de apreensão e multa, de todos os veículos de propriedade da locadora/impetrante, esta com domicílio fiscal em outro Estado, que venham a ser locados nesta Unidade da Federação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, rejeitar a preliminar de inadequação da via eleita, nos termos do voto do Relator. Por maioria acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia, nos termos do voto do Des. Sideni Soncini Pimentel. No mérito, com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Abstiveram de votar os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Sérgio Fernandes Martins, por estarem ausentes justificadamente no início do julgamento. Ausente, justificadamente, Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Let's Rent a Car S.A., qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, *inaudita altera parte,* contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul consistente no sancionamento da Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, que estabelece, em seu art. 1º, a obrigatoriedade de registro e licenciamento no DETRAN/MS de todos os veículos de propriedade da impetrante, até o dia 17 de junho de 2016, que estejam disponíveis para locação no Estado, sob pena de multa e apreensão dos automóveis alugados.

Alega, em síntese, que: os regramentos contidos na Lei n. 4.785/2015, do Estado de Mato Grosso do Sul, estão eivados de ilegalidades e de inconstitucionalidade, razão pela qual teme sofrer sanções de multa e apreensão de veículos quando estiverem na posse dos locatários, após a entrada em vigor da Lei n. 4.785/15; a referida lei inova ao estabelecer a obrigatoriedade de registro do veículo no Estado de Mato Grosso do Sul, utilizando-se como critério o fim a que se destina e a localidade onde circula o referido veículo; conjugando a interpretação do art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro com o art. 75, IV, § 1º, do Código Civil, a pessoa jurídica proprietária do veículo automotor tem o dever de registrar o veículo no Município de seu domicílio (no caso em tela, no Estado), considerando individualmente cada um dos domicílios quando houver diversos em lugares diferentes; há evidente afronta ao art. 170, IV, da Constituição Federal, à medida que fere a livre concorrência, invadindo a propriedade privada, impondo óbice ao gerenciamento do negócio da impetrante e demais locadoras, haja vista que será necessária a abertura de filiais e registro de domicílio, além de necessariamente a toda inclusão ou modificação de frota ser obrigada a modificar o registro do veículo; a lei sul-mato-grossense condiciona a livre circulação de veículos ao fato de que os veículos sejam registrados e licenciados em um dos municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelecendo exigência não razoável a respeito dos bens de propriedade da impetrante; a lei impugnada é extremamente genérica e não dispõe sobre os veículos locados que porventura somente adentrem temporariamente o Estado de Mato Grosso do Sul, além dos carros substitutos temporários, que são dedicados à locação por curto espaço de tempo, destinados a substituir veículos em manutenção ou sinistrados; a fiscalização que será realizada utilizará os critérios objetivos do aludido diploma, ou seja, se houver veículo disponibilizado para locação no Estado de Mato Grosso do Sul, mas registrado em outra Unidade da Federação, haverá a imposição de multa e apreensão do veículo até o pagamento da multa, sem qualquer outro critério ou avaliação das autoridades coatoras; na indigitada lei não há qualquer outro dispositivo apto a disciplinar a maneira com que será efetivada a sanção e qual o prazo para emissão do título para pagamento da multa pecuniária, e mais, sequer estabelece qual será o valor da multa cominada; as normas impostas pela mencionada lei ainda limitam o direito fundamental à livre locomoção, além de infringir a garantia dos contribuintes de não sofrerem exigências tributárias que limitem a circulação livre, nos termos dos artigos 5º, XV, e 150, V, ambos da CF; como desdobramento das normas constitucionais retromencionadas, o STF pacificou o entendimento, assentado nas Súmulas n.º 70, 323 e 547, que não é lícito ou admissível apreender mercadorias, interditar estabelecimentos, como meio coercitivo para o pagamento de tributos; insiste que os impetrados invadiram a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, nos termos do art. 22, XI, da CF, inexistindo lei complementar autorizadora para que as Unidades da Federação legislem sobre trânsito e transporte; a declaração da legalidade da Lei Estadual n. 4.785/2015 obrigará a impetrante a instituir novo domicílio fiscal no Estado de Mato Grosso do Sul, que não é de sua eleição livre e desimpedida.

Requer a concessão da liminar, *inaudita altera parte,* para que as autoridades coatoras não promovam a fiscalização do cumprimento da lei, bem como não promovam a apreensão dos veículos e a cominação de multas que impeçam o livre exercício da atividade econômica e da função social da impetrante.

Requer, ao final, a confirmação da liminar, concedendo-se, em definitivo, a segurança postulada, para que sejam obstados os efeitos concretos da lei impugnada, bem assim que, incidentalmente, seja declarada a inconstitucionalidade de todos os artigos da Lei n. 4.785/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul.

Requer, ainda, que todas as intimações havidas nos autos sejam feitas exclusivamente em nome da advogada Vanessa Ladeira Borsatto**,** inscrita na OAB/SP n. 229.713, sob pena de nulidade.

Juntou os documentos de fls. 13-314 e deu à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pela decisão de págs. 317-321, deferi a liminar para que o primeiro impetrado, por meio de seus órgãos competentes, se abstivesse de implementar a lei acoimada de inconstitucional quanto ao impetrante, até o julgamento do mérito do presente *writ*, de cujo ato recorreu o Estado de Mato Grosso do Sul por meio de Agravo Interno sob o n. 1403634-53.2016.8.12.0000/50000, tendo a agravada apresentado contrarrazões ao mencionado recurso, a ser julgado oportunamente.

Na mesma ocasião, deferi o pedido para que todas as intimações recaíssem em nome da advogada Vanessa Ladeira Borsatto.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações, arguindo preliminar de inadequação da via eleita, sob o fundamento de que o Mandado de Segurança não seria instrumento idôneo para buscar a invalidação da Lei Estadual n. 4.785/2015, que dispõe sobre o licenciamento de veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul, por se tratar, a seu ver, de "lei em tese", a teor da Súmula n. 266.

Relativamente ao mérito, o Estado alega, em síntese, que: a lei impugnada não trata de matéria afeta ao Direito de Trânsito ou Direito Civil, mas sim de regra sobre domicílio tributário da pessoa jurídica; considera-se domicílio tributário todos os locais onde a empresa exerce as suas atividades, sujeitando-se à legislação de cada Unidade da Federação; a definição de domicílio tributário é regra posta por lei tributária, pelo que deve prevalecer sobre regra do Código Civil, aplicando-se o critério da especialidade; o art. 24, I, da CF, admite a competência concorrente atribuída ao Estado para legislar sobre direito tributário, sendo que o próprio Código Tributário Nacional autoriza a fixação do domicílio tributário do contribuinte do IPVA, nos termos fixados pela lei estadual, sem que haja alteração do domicílio civil; nos termos do § 3º do art. 24 da CF, os Estados-membros estão legitimados a editar normas gerais referentes ao IPVA, no exercício da competência concorrente; portanto, não há qualquer inconstitucionalidade na lei, ao tratar de domicílio tributário, pois encontra fundamentos de validade no próprio Código Tributário; não há afronta ao princípio da livre concorrência, uma vez que o legislador estadual apenas pretendeu assegurar que todos os veículos, que estejam à disposição para locação no Estado de Mato Grosso do Sul, sejam fiscalizados por um órgão estatal, assim como o demais veículos que aqui circulam habitualmente; a lei estadual, ao contrário do alegado, em momento algum pretendeu estabelecer a limitação ao tráfego de pessoas ou bens, porquanto a obrigatoriedade de licenciamento de veículos e consequente cobrança de imposto incidem somente no território do Estado de Mato Grosso do Sul; a lei contestada não burlou a competência privativa da União, pois não trata de matéria referente a trânsito e transporte, mas de domicílio tributário para fins de IPVA sobre o qual possui competência legislativa plena; a União, no exercício de sua competência constitucional para legislar sobre trânsito, delegou aos Estados o poder de executar a fiscalização de trânsito, atuar e aplicar as medidas administrativas e penalidades, no exercício do poder de polícia administrativa de trânsito (art. 22, V, CTB).

Prequestionando os dispositivos constitucionais e federais apresentados, para fins de eventual interposição de recurso, pleiteia a denegação da segurança.

À pág. 360, certificou-se que decorreu o prazo sem que a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul se manifestasse.

Instado a se manifestar, o Ministério Público, em parecer da nobre Procuradora-Geral Adjunta da Justiça Jurídica, Drª Nilza Gomes da Silva, opinou pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, por entender que não cabe a invalidação de norma abstrata e geral (lei em tese), por meio do remédio constitucional do mandado de segurança.

Quanto ao mérito, sugere a concessão da segurança, por entender que o Estado de Mato Grosso do Sul não possui competência para legislar sobre licenciamento, competência essa que seria privativa da União.

VOTO 31/08/16

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

Antecedentes fáticos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, *inaudita altera parte,* impetrado por Let's Rent a Car S.A., contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no sancionamento da Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, que estabelece, em seu art. 1º, a obrigatoriedade de registro e licenciamento no DETRAN/MS de todos os veículos de propriedade da impetrante, até o dia 17 de junho de 2016, que estejam disponíveis para locação no Estado, sob pena de multa e apreensão dos automóveis alugados.

A Lei n. 4.785/2015, publicada no Diário Oficial n. 9.068, de 17.12.2015, contém a seguinte redação:

> *"Dispõe sobre o licenciamento dos veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências.*
>
> *O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.*
>
> *Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º. As empresas locadoras de veículos que atuam no Estado de Mato Grosso do Sul não poderão utilizar veículos licenciados em outros Estados, para locação neste Estado.*
>
> *Art. 2º As empresas locadoras de veículos deverão enviar, anualmente, ao Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN) a relação de todos os veículos disponíveis para locação, contendo marca, modelo, ano de fabricação, placas dos veículos e município de licenciamento.*
>
> *Art. 3º A inclusão e a exclusão de veículos na frota das empresas locadoras, contendo todos os dados relacionados no caput do art. 2º, deverão ser comunicadas ao Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, sob pena de multa por veículo, não incluído ou excluído, aplicada em dobro no caso de reincidência.*
>
> *Art. 4º Os veículos licenciados em outros Estados que forem flagrados locados no Estado de Mato Grosso do Sul serão apreendidos e, somente, liberados após o pagamento de multa, a ser regulamentada pelo órgão fiscalizador e competente, que será aplicada em dobro no caso de reincidência.*
>
> *Parágrafo único. As multas aplicadas no caso de o veículo ser licenciado em outro Estado será [serão] de responsabilidade da empresa proprietária do bem.*

Art. 5º As empresas locadoras de veículos terão o prazo de 180 dias, a contar da publicação desta Lei, para licenciar seus veículos no Estado de Mato Grosso do Sul, enviando relação ao DETRAN.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2015.

Reinaldo Azambuja Silva

Governador do Estado"

Alega, em síntese, que: os regramentos contidos na Lei n. 4.785/2015, do Estado de Mato Grosso do Sul, estão eivados de ilegalidades e de inconstitucionalidade, razão pela qual teme sofrer sanções de multa e apreensão de veículos quando estiverem na posse dos locatários, após a entrada em vigor da Lei n. 4.785/15; a referida lei inova ao estabelecer a obrigatoriedade de registro do veículo no Estado de Mato Grosso do Sul, utilizando-se como critério o fim a que se destina e a localidade onde circula o referido veículo; conjugando a interpretação do art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro com o art. 75, IV, § 1º, do Código Civil, a pessoa jurídica proprietária do veículo automotor tem o dever de registrar o veículo no Município de seu domicílio (no caso em tela, no Estado), considerando individualmente cada um dos domicílios quando houver diversos em lugares diferentes; há evidente afronta ao art. 170, IV, da Constituição Federal, à medida que fere a livre concorrência, invadindo a propriedade privada, impondo óbice ao gerenciamento do negócio da impetrante e demais locadoras, haja vista que será necessária a abertura de filiais e registro de domicílio, além de necessariamente a toda inclusão ou modificação de frota ser obrigada a modificar o registro do veículo; a lei sul-mato-grossense condiciona a livre circulação de veículos ao fato de que os veículos sejam registrados e licenciados em um dos municípios do Estado de Mato Grosso do Sul, estabelecendo exigência não razoável a respeito dos bens de propriedade da impetrante; a lei impugnada é extremamente genérica e não dispõe sobre os veículos locados que porventura somente adentrem temporariamente o Estado de Mato Grosso do Sul, além dos carros substitutos temporários, que são dedicados à locação por curto espaço de tempo, destinados a substituir veículos em manutenção ou sinistrados; a fiscalização que será realizada utilizará os critérios objetivos do aludido diploma, ou seja, se houver veículo disponibilizado para locação no Estado de Mato Grosso do Sul, mas registrado em outra Unidade da Federação, haverá a imposição de multa e apreensão do veículo até o pagamento da multa, sem qualquer outro critério ou avaliação das autoridades coatoras; na indigitada lei não há qualquer outro dispositivo apto a disciplinar a maneira com que será efetivada a sanção e qual o prazo para emissão do título para pagamento da multa pecuniária, e mais, sequer estabelece qual será o valor da multa cominada; as normas impostas pela mencionada lei ainda limitam o direito fundamental à livre locomoção, além de infringir a garantia dos contribuintes de não sofrerem exigências tributárias que limitem a circulação livre, nos termos dos artigos 5º, XV, e 150, V, ambos da CF; como desdobramento das normas constitucionais retromencionadas, o STF pacificou o entendimento, assentado nas Súmulas nºs 70, 323 e 547, que não é lícito ou admissível apreender mercadorias, interditar estabelecimentos, como meio coercitivo para o pagamento de tributos; insiste que os impetrados invadiram a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, nos termos do art. 22, XI, da CF, inexistindo lei complementar autorizadora para que as Unidades da Federação legislem sobre trânsito e transporte; a declaração da legalidade da Lei Estadual n. 4.785/2015 obrigará a impetrante a instituir novo domicílio fiscal no Estado de Mato Grosso do Sul, que não é de sua eleição livre e desimpedida.

Requer a concessão da liminar, *inaudita altera parte,* para que as autoridades coatoras não promovam a fiscalização do cumprimento da lei, bem como não promovam a apreensão dos veículos e a cominação de multas que impeçam o livre exercício da atividade econômica e da função social da impetrante.

Requer, ao final, a confirmação da liminar, concedendo-se, em definitivo, a segurança postulada, para que sejam obstados os efeitos concretos da lei impugnada, bem assim que, incidentalmente, seja declarada a inconstitucionalidade de todos os artigos da Lei n. 4.785/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul.

Requer, ainda, que todas as intimações havidas nos autos sejam feitas exclusivamente em nome da advogada Vanessa Ladeira Borsatto, inscrita na OAB/SP n. 229.713, sob pena de nulidade.

Juntou os documentos de fls. 13-314 e deu à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pela decisão de págs. 317-321, deferi a liminar para que o primeiro impetrado, por meio de seus órgãos competentes, se abstivesse de implementar a lei acoimada de inconstitucional quanto ao impetrante, até o julgamento do mérito do presente *writ*, de cujo ato recorreu o Estado de Mato Grosso do Sul por meio de Agravo Interno sob o n. 1403634-53.2016.8.12.0000/50000, tendo a agravada apresentado contrarrazões ao mencionado recurso, a ser julgado oportunamente.

Na mesma ocasião, deferi o pedido para que todas as intimações recaíssem em nome da advogada Vanessa Ladeira Borsatto.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações, arguindo preliminar de inadequação da via eleita, sob o fundamento de que o Mandado de Segurança não seria instrumento idôneo para buscar a invalidação da Lei Estadual n. 4.785/2015, que dispõe sobre o licenciamento de veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul, por se tratar, a seu ver, de "lei em tese", a teor da Súmula n. 266 do STF.[1]

Relativamente ao mérito, o Estado alega, em síntese, que: a lei impugnada não trata de matéria afeta ao Direito de Trânsito ou Direito Civil, mas sim de regra sobre domicílio tributário da pessoa jurídica; considera-se domicílio tributário todos os locais onde a empresa exerce as suas atividades, sujeitando-se à legislação de cada Unidade da Federação; a definição de domicílio tributário é regra posta por lei tributária, pelo que deve prevalecer sobre regra do Código Civil, aplicando-se o critério da especialidade; o art. 24, I, da CF, admite a competência concorrente atribuída ao Estado para legislar sobre direito tributário, sendo que o próprio Código Tributário Nacional autoriza a fixação do domicílio tributário do contribuinte do IPVA, nos termos fixados pela lei estadual, sem que haja alteração do domicílio civil; nos termos do § 3º do art. 24 da CF, os Estados-membros estão legitimados a editar normas gerais referentes ao IPVA, no exercício da competência concorrente; portanto, não há qualquer inconstitucionalidade na lei, ao tratar de domicílio tributário, pois encontra fundamentos de validade no próprio Código Tributário; não há afronta ao princípio da livre concorrência, uma vez que o legislador estadual apenas pretendeu assegurar que todos os veículos, que estejam à disposição para locação no Estado de Mato Grosso do Sul, sejam fiscalizados por um órgão estatal, assim como o demais veículos que aqui circulam habitualmente; a lei estadual, ao contrário do alegado, em momento algum pretendeu estabelecer a limitação ao tráfego de pessoas ou bens, porquanto a obrigatoriedade de licenciamento de veículos e consequente cobrança de imposto incidem somente no território do Estado de Mato Grosso do Sul; a lei contestada não burlou a competência privativa da União, pois não trata de matéria referente a trânsito e transporte, mas de domicílio tributário para fins de IPVA sobre o qual possui competência legislativa plena; a União, no exercício de sua competência constitucional para legislar sobre trânsito, delegou aos Estados o poder de executar a fiscalização de trânsito, atuar e aplicar as medidas administrativas e penalidades, no exercício do poder de polícia administrativa de trânsito (art. 22, V, CTB).

Prequestionando os dispositivos constitucionais e federais apresentados, para fins de eventual interposição de recurso, pleiteia a denegação da segurança.

1 Súmula 266 STF. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

À pág. 360, certificou-se que decorreu o prazo sem que a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul se manifestasse.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público, em parecer da nobre Procuradora-Geral Adjunta da Justiça Jurídica, Drª Nilza Gomes da Silva, opinou pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, por entender que não cabe a invalidação de norma abstrata e geral (lei em tese), por meio do remédio constitucional do mandado de segurança.

Quanto ao mérito, sugere a concessão da segurança, por entender que o Estado de Mato Grosso do Sul não possui competência para legislar sobre licenciamento, competência essa que seria privativa da União.

Preliminar de inadequação da via eleita.

Não vinga a preliminar de inadequação da via eleita, arguida pelo impetrado, sob o argumento de que o Mandado de Segurança não seria instrumento idôneo para buscar a invalidação da Lei Estadual n. 4.785/2015, que dispõe sobre o licenciamento de veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul, por se tratar, a seu ver, de "lei em tese", a teor da Súmula n. 266 do STF.

Conforme alertado no segundo parágrafo da decisão de deferimento da liminar, à pág. 320, a Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, estava fadada a produzir efeito concreto, ao estabelecer o prazo de 180 dias, a contar de sua publicação, ocorrida em 17 de dezembro de 2015, e que venceu em 17 de junho de 2016, para que os veículos locados fossem licenciados no Estado de Mato Grosso do Sul, sob pena de apreensão e aplicação de multa.

Conceitua-se como "lei em tese" aquele diploma revestido de generalidade ou abstração, que visa a proteger um evento incerto, isto é, que não diz respeito, objetivamente, a qualquer efeito específico ou concreto na situação jurídica pertinente, e que geralmente necessita de ato administrativo para sua implementação.

Já as leis de efeitos concretos constituem *"atos legislativos que, ao invés de traçarem normas gerais e abstratas, interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas, como, por exemplo, a lei que concede pensão vitalícia à viúva de ex-presidente"*.[2]

Ou, ainda:

> *"Leis de efeitos concretos são aquelas que se apresentam como leis sob o aspecto formal, mas que, materialmente, constituem meros atos administrativos. Para que surjam, seguem todo o processo legislativo adotado para as leis em geral. Não irradiam, todavia, efeitos gerais, abstratos e impessoais como as verdadeiras leis, mas, ao contrário, atingem a esfera jurídica de indivíduos determinados, razão por que pode dizer-se que são concretos os seus efeitos."*[3]

No caso *sub judice*, a lei impugnada, de caráter administrativo, com data marcada para obrigar as empresas locadoras a registrar e licenciar seus veículos no Estado de Mato Grosso do Sul (prazo de 180 dias), se não fosse suspensa, produziria efeito concreto direto e imediato, independentemente de qualquer outra formalidade, que atingiu a esfera jurídica da impetrante, tanto que esta se viu compelida a impetrar o presente mandado de segurança, com o escopo de se prevenir contra a apreensão de seus veículos e o pagamento de multas, uma vez que reputa inconstitucional a exigência do legislador.

2 CARVALHO FILHO, José dos S. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016, p. 5.

3 Idem, ibidem, p. 604.

Com efeito, tanto a jurisprudência quanto a doutrina consolidaram o entendimento de que, em mandado de segurança, *"se adota controle preventivo de constitucionalidade, na modalidade incidental ou concreta"*.[4]

José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, na obra "Manual de Direito Administrativo", leciona:

> *"Em relação a tais leis [de efeitos concretos], já se pacificaram doutrina e jurisprudência no sentido de que* ***podem ser impugnadas através das ações em geral, inclusive o mandado de segurança,*** *sendo interessado aquele cuja órbita jurídica seja hostilizada pelos seus efeitos. [****NOTA 88.*** *Diga-se, por oportuno, que, por não terem conteúdo normativo (leis em tese), tais leis não são suscetíveis de impugnação por ação direta de inconstitucionalidade, como, por mais de uma vez, decidiu o STF]"*.[5] (Grifei).

A seu turno, o inesquecível Professor Hely Lopes Meirelles doutrina:

> *"****As leis e decretos de efeitos concretos, entretanto, podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados.*** *Não são atos normativos gerais, mas, sim, deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto. Tais são, por exemplo, as leis que criam Município, as que extinguem vantagens dos servidores públicos, as que concedem anistia fiscal e outras semelhantes. Assim também os decretos de desapropriação, de nomeação, de autorização etc."*[6] (Realcei).

Confiram-se os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"Consoante afirma a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei em sede de mandado de segurança."* (MS-2006.015762-0/0000-00. Rel. Des. Rêmolo Letteriello. 1ª Seção Cível. J. em 2.4.2007).
>
> *"É cabível a impetração de mandado de segurança contra Decreto Estadual, na hipótese de ficar demonstrado que o referido ato normativo gera ou pode gerar efeitos concretos em face do impetrante.*
>
> *É adequada a impetração de mandado de segurança quando o pedido principal estiver relacionado com a tese de violação de direito líquido e certo da parte interessada, inobstante existir pedido secundário relativo à declaração incidental de inconstitucionalidade." (MS-2007.0100683-9/0000-00. Rel. Des. Claudionor M. A. Duarte. Órgão Especial. J. em 24.9.2008).*
>
> *"O Mandado de Segurança é remédio adequado para se combater lei de efeito concreto."* (MS-2007.006359-1/0000-00. Rel. Des. Claudionor M. A. Duarte. Tribunal Pleno. J. 1º.8.2007).
>
> *"A norma impugnada gera efeitos concretos e com operatividade imediata, frente a exigência de recolhimento da diferença de alíquota do ICMS e o risco de apreensão das mercadorias, por isso não há que se falar em impetração contra lei em tese. – Ainda que o writ apresente efeitos futuros, por ser em parte preventivo, não se pode admitir que sejam também normativos, pois não visa proteger um evento incerto e genérico, pelo contrário, busca coibir cobrança do ICMS nas vendas realizadas a consumidores em Mato Grosso do Sul."* (AC-0841640-83.2013.8.12.0001. Rel. Des. Claudionor M. A. Duarte. 4ª Câmara Cível. J. 23.4.2015).

4 MENDES, Gilmar F. et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.025.

5 Ob. cit. São Paulo: Atlas, 2016, p. 604.

6 MEIRELLES, Hely L**. Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., atualizada até a EC 90, DE 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 851.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cognominado o "Tribunal da Cidadania", que admite *"a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei de efeitos concretos: STJ: REsp 1200324/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2011; AgRg no Ag 1302289/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 08/11/2010; RMS 23.306/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 02/02/2010; STF: AI 637465 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe-094)"*. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2011/0051831-8 – RMS 34029/RJ, Min. Benedito Gonçalves. 1ª Turma. J. 28.6.2011, DJe 1º.7.2011).

No mesmo sentido caminha o Colendo Supremo Tribunal Federal que, desde o vetusto ano de 1990 (Mandado de Segurança n. 21.125. Min. Carlos Velloso. Sessão plenária de 8.11.1990), e mais recentemente no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 601.723/RJ, julgado em 26.6.2012, ao decidir que *"o art. 97 da Lei Maior impõe-se, indistintamente, a qualquer órgão jurisdicional colegiado que pretenda exercer o controle incidental de constitucionalidade"*.

Em conclusão, sendo a Lei n. 4.785, de 16.12.2015 de efeitos concretos, isto é, não se configurando lei em tese, ao desabrigo, portanto, da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão (14.09.16) em face do pedido de vista do des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator e os desembargadores Divoncir, Tânia e contar rejeitarem a preliminar arguida. Os demais aguardam.

VOTO 21/09/2016

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (5º Vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de melhor estudo dos autos com vistas à análise da preliminar de inadequação da via eleita, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul com parecer favorável do Ministério Público.

Quanto a preliminar de inadequação da via eleita.

O eminente Relator, entretanto, votou pela sua rejeição, solução a qual, adianto, me alinho, ainda que por razões outras.

Entendeu a Relatoria que a Lei Estadual nº 4.785/2015 consubstanciaria norma de efeitos concretos, posicionamento com o qual, *data venia*, não perfilho. Isso porque referida norma possui generalidade, abstração e impessoalidade. Os atos de efeitos concretos são espécies jurídicas de objeto determinado e destinatários certos e não veiculam, em seu conteúdo, normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato.

O art. 5º da Lei Estadual nº 4.785/2015 alude à "*empresas locadoras de veículos*", locução que revela impessoalidade e abstração, pois quaisquer empresas de locadoras de veículos (futura ou atualmente em funcionamento no Estado), não apenas a impetrante, estão sujeitas à exigência de registro de seus veículos perante este Estado.

A despeito disso, entendo que a pretensão inicial aborda a questão da inconstitucionalidade da referida lei estadual apenas incidentalmente, razão pela qual é possível a concessão da tutela almejada nesta via.

Nesta ordem de ideias, ao tratar do controle difuso de constitucionalidade, o Ministro Luis Roberto Barroso traça parâmetro bastante objetivo sobre onde pode ser suscitada a questão constitucional. Confira:

> *"(...) A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada."* (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, 6ª ed., 2ª tiragem, 2014, p. 115)

O traço distintivo do controle incidental de constitucionalidade, exercitável por qualquer juízo ou tribunal, é o seu caráter de questão prejudicial à solução do mérito de uma lide. Em outras palavras, a questão da constitucionalidade faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido quando da solução de uma lide, assim compreendido o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (frase de Carnelutti).

Assentadas essas premissas, tem-se que a pretensão inicial consiste em determinar:

> *"(...) que as autoridades coatoras não promovam a fiscalização do cumprimento da lei, bem como não promovam a apreensão dos veículos e a cominação de multas* ***que impeçam o livre exercício da atividade econômica e da função social da impetrante****;" e "que sejam obstados os efeitos concretos da lei impugnada, bem assim que, incidentalmente, seja declarada a inconstitucionalidade de todos os artigos da Lei n. 4.785/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul" (f. 11).* Destaquei.

A despeito da técnica de redação da petição inicial, que parece ter adaptado um modelo de ação direita de inconstitucionalidade, é possível extrair do seu conteúdo, de maneira clara e inequívoca, que sua pretensão inicial volta-se à tutela do exercício de sua atividade econômica, buscando afastar a obrigatoriedade de registro dos seus veículos no Estado, estabelecida na lei estadual nº 4.785/2016, bem assim as consequências do descumprimento dessa norma, a exemplo de apreensão do veículo e aplicação de multa.

Não há notícia de apreensão de veículos de propriedade da impetrante ou mesmo da aplicação de multas. Nada obstante, existe receio fundado da ocorrência desses fatos, o que justifica a impetração do mandado de segurança em caráter preventivo.

Existe, portanto, pretensão resistida: a impetrante, invocando norma contida no Código de Trânsito, recusa-se registrar os veículos de sua propriedade e que aqui circulam junto aos órgãos deste Estado. A autoridade impetrada, por outro lado, pretende fazer cumprir a norma contida na Lei Estadual nº 4.785/2016, que prevê, inclusive, sancionamento: apreensão do veículo e multa.

Portanto, para ter acolhido seu pedido principal e finalidade última (desnecessidade de registro de seus veículos neste Estado, onde circulam) é necessário, antes disso e como pressuposto lógico, reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade da Lei Estadual nº 4.785/2016.

Tal decisão atingirá unicamente a partes do processo *(inter partes)*, produzindo efeitos *ex tunc.*

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar o entendimento sufragado pelo eminente Relator, ainda que por outros fundamentos, e afastar a prefacial.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(5º vogal)

Questão de ordem – ilegitimidade passiva do Presidente da Assembléia do Estado de Mato Grosso do Sul.

Daí que suscito de ofício e acolho preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia do Estado de Mato Grosso do Sul.

É que o art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09, conceitua autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração. Assim o é pois somente aquele detentor da competência para a pratica do ato poderá pratica-lo ou corrigi-lo.

É nesse sentido a abalizada lição de Humberto Theodoro Júnior:

> *"(...) Por autoridade coatora, in caso, se deve entender qualquer agente da administração pública direta ou que exerça atos próprios do Poder Público, ou que, por lei, sejam a estes equiparados. Como tal a Lei nº 12.016 considera tanto o que tenha praticado o ato impugnado pelo mandado de segurança, como aquele que tenha ordenado sua prática (art. 6º, § 3º). Nunca será, porém, o mero executor material do ato, mas sempre o que detém poder e competência para decisão a seu respeito. Pacífico,*

> *pois, é o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que 'autoridade coatora é aquela que tem competência para a prática do ato ou sua correção no momento da impetração do mandado de segurança."* (Lei do Mandado de Segurança Comentada, Forense, 2014, p. 84)

Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes tem a mesma opinião:

> *"É autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (...) incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário."* (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª ed., Malheiros, 2009, p. 65)

Com efeito, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul não detém competência para a prática de atos que que impeçam o livre exercício da atividade econômica e da função social da impetrante, esta a pretensão inicial e finalidade última da impetração.

Não detém, ademais, competência para a pratica de atos concretos de exigência de registro de veículos perante os órgãos deste Estado (como apreensão de veículos ou aplicação de multa).

Destaco, por oportuno, a desnecessidade de intimação da parte impetrante para que se manifeste sobre o tema (tendo em vista o regramento contido no art. 10 do NCPC, que positiva o princípio da não surpresa), ante a ausência de prejuízo. É que o acolhimento da preliminar e a exclusão do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da lide não implicará em sucumbência, nem interferirá nos efeitos e alcance de eventual concessão da segurança.

Mais ainda, interpretando a norma contida no art. 10 com o disposto no art. 932, III, parágrafo único, todos do NCPC, tem-se que o exercício do contraditório processual pressupõe vício sanável, que não é a hipótese, visto que insanável a ilegitimidade passiva *ad causam*.

Dessarte, como já dito, arguo de ofício e acolho preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, restando com isso extinto o processo com relação ao excluído, nos termos do artigo 485, VI, do NCPC.

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

Com a máxima vênia, não procede a questão de ordem proposta pelo eminente Des. Sideni Soncini Pimentel, detentor do pedido de vista, de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com efeito, o mandado de segurança foi impetrado contra o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e contra o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo como causa de pedir a existência de inconstitucionalidade formal e material.

No caso, a Assembleia Legislativa, notificada regularmente para prestar informações, deixou de se manifestar, assumindo, tacitamente, a responsabilidade do ato praticado em conjunto com o Governador do Estado.

Ademais, considerando que o nascedouro e o trâmite da legislação impugnada, inclusive no aspecto formal, deu-se sob os auspícios da Assembleia Legislativa, não se pode ignorar que esta participou, ainda que indiretamente, da prática do referido ato, que resultou no sancionamento da Lei n. 4.785/2015, pelo Governador do Estado.

Por fim, atente-se para o fato de que a manutenção, no polo passivo, da Assembleia Legislativa não trará qualquer prejuízo a quem quer que seja. Pelo contrário, trará benefícios, porquanto, independentemente do resultado da ação, contribuirá para o aperfeiçoamento, do ponto de vista do arcabouço jurídico-constitucional, das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, diretamente envolvidos na aprovação de leis, que afetam os interesses da população.

Ante o exposto, rejeito a questão de ordem proposta pelo nobre vogal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.(3º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.(6º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.(7º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(8º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.(9º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.(10º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.(11º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

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

Mérito.

Quanto ao mérito, tenho que o mandado de segurança há de prosperar.

De fato, a legislação impugnada deixa claro que a impetrante será penalizada por meio de multa e apreensão dos seus veículos locados, no caso de os referidos bens ingressarem em solo sul-mato-grossense sem o registro e o licenciamento neste Estado.

Desde já, é possível vislumbrar a prática de abuso da autoridade coatora, que se vale de poder de legislar como forma de coerção, ainda que indireta, para cobrança de tributo, ações que colidem com a

orientação da Suprema Corte e que encontram ressonância no conteúdo das Súmulas nºs 70, 323 e 547, que assim dispõem, respectivamente:

> *"Súmula n. 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*
>
> *Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.*
>
> *Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."*

Pelo que se extrai dos autos, a impetrante, empresa locadora de veículos, possui sede em Araraquara, Estado de São Paulo, e filiais em Minas Gerais, Londrina e Bauru, cidades onde comumente registra e licencia os veículos de sua propriedade, ao passo que a Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, proíbe expressamente que empresas locadoras atuantes no Estado de Mato Grosso do Sul utilizem veículos licenciados em outros Estados, para locação neste Estado, sob pena de apreensão e pagamento de multa, que será aplicada em dobro no caso de reincidência.

De acordo com o art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro, o registro de veículos perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal deve ser feito no Município de domicílio ou residência de seu proprietário.

A seu turno, o art. 75, IV, do Código Civil, dispõe que o domicílio das demais pessoas jurídicas é o do lugar onde funcionem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

Por outro lado, o art. 127, II, do Código Tributário Nacional, dispõe que, na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, considera-se como tal, quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar de sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

Ao determinar que os veículos da locadora, com sede em outra unidade da federação, sejam registrados e licenciados em Mato Grosso do Sul, o que implicará na obrigatoriedade do recolhimento do IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, a Lei Estadual n. 4.785/2015 está afrontando a competência legislativa (privativa) outorgada à União Federal pelo art. 22, inciso XI, da Constituição Federal, além de atentar contra o livre exercício do trabalho ou de atividade econômica, estipulado no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal.

Tal entendimento é compartilhado pelo Ministério Público Estadual que, por meio do parecer lavrado pela Drª Nilza Gomes da Silva, Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Jurídica, deixou assentado:

> *"Ocorre que a Lei Estadual n. 4.875/15, dispõe expressamente sobre o licenciamento dos veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul, além de outras providências, cuja matéria é de competência privativa da União, revelando a inconstitucionalidade material da norma estadual (sic), conforme estabelecido no artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal:*
>
> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *(...)*
>
> *XI - trânsito e transporte;"*

Em julgados proferidos pela Corte Suprema prevaleceu o entendimento de que é da competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte, mais especificadamente sobre licenciamento, conforme arestos abaixo transcritos:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS ("MOTOTÁXI"). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.*
>
> *I - Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art.22, XI). II - Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar.*
>
> *III - Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas.*
>
> *IV - Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97"* (ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00250 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 168-175 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 56-70).
>
> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS DESTINADAS AO TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.*
>
> *1. É da competência exclusiva da União legislar sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa exercer tal atribuição (CF, artigo 22, inciso XI, e parágrafo único). 2. Inconstitucional a norma ordinária estadual que autoriza a exploração de serviços de transporte remunerado de passageiros realizado por motocicletas, espécie de veículo de aluguel que não se acha contemplado no Código Nacional de Trânsito. 3. Matéria originária e de interesse nacional que deve ser regulada pela União após estudos relacionados com os requisitos de segurança, higiene, conforto e preservação da saúde pública. Ação direta de inconstitucionalidade procedente".* (ADI 2606, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2002, DJ 07-02-2003 PP-00021 EMENT VOL-02097-03 PP-00509).

Somente através de Lei Complementar Federal a União poderia autorizar o Estado em legislar sobre transito, incluindo a matéria sobre licenciamento, conforme artigo 22, parágrafo único, da CF, o que não ocorreu na hipótese existente nos autos.

À guisa da argumentação, verifica-se que a Lei Estadual n. 4.785/15 contrariou, inclusive, dispositivos do Código de Transito Brasileiro ao não observar a validade do licenciamento de veículos no caso de mudança de domicílio, *in verbis*:

> *"Art. 130. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semirreboque, para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º No caso de transferência de residência ou domicílio, é válido, durante o exercício, o licenciamento de origem."*

> *À luz das argumentações dispensadas alhures, infere-se que a segurança deve ser concedida, na medida que, apesar do Estado de Mato Grosso do Sul possuir competência tributária para legislar sobre domicílio tributário em relação ao IPVA, não possui competência para legislar sobre licenciamento, por ser de competência privativa da União.*

Dos requerimentos finais

> *"De todo o exposto, à luz das argumentações dispensadas alhures, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio de sua Procuradora-Geral Adjunta de Justiça Jurídica, opina pela concessão da ordem e consequente extinção do processo, com resolução de mérito."* (Págs. 375-378).

No presente caso, mostra-se evidente o vício de inconstitucionalidade formal acarretado pela usurpação de iniciativa de lei atribuída à União, consoante tem decidido o Supremo Tribunal Federal: ADI 3121/SP, ADIN 2.137-1/RJ, ADIN 2.582-1, ADIN 2.328-4/SP, ADIN 1.479-0/RS, ADI 2.606/SC, ADI 3.135-0/PA e ADIN 874-BA, este último vazado na seguinte ementa:

> *"Com a superveniência da nova Constituição da República, a disciplinação normativa pertinente ao trânsito e ao transporte passou a incluir-se na esfera de privativa competência legislativa da União Federal (CF, art. 22, XI). Esse núcleo material (trânsito e transporte) – embora figurasse no regime constitucional anterior, no rol das competências concorrentes (CF/69, art. 8º, XVII, n, c/c o seu parágrafo único) – hoje não mais constitui objeto partilhável, em sede de condomínio legislativo, entre a União Federal e os Estados-membros. Na realidade, essa categoria temática somente revelar-se-á passível de normação estadual, desde que a União Federal, mediante lei complementar, delegue ao Estado-membro a prerrogativa de dispor sobre questões específicas a ela concernentes, vedada a delegação genérica de toda uma matéria (...)."* (RTJ 136/41, RTJ 140/29 e RTJ 153/801).

Portanto, restou patente que a proibição expressa, contida na Lei Estadual n. 4.785/2015, de que empresas locadoras atuantes no Estado de Mato Grosso do Sul utilizem veículos licenciados em outros Estados, para locação nesta Unidade da Federação, sob pena de apreensão e pagamento de multa, padece de inconstitucionalidade formal, essa atrelada ao processo de criação da norma/ato, visto que a competência para legislar a respeito da matéria é privativa da União, nos termos do art. 22, XI, da Constituição Federal.

A seu turno, a inconstitucionalidade material, pertinente ao conteúdo da norma, exsurge da imposição da lei impugnada, obrigando as locadoras, mesmo que tenham domicílio fiscal em outro Estado, a licenciar os veículos de sua propriedade no Estado de Mato Grosso do Sul, o que configura ofensa aos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência, da livre locomoção, bem assim ao princípio da não limitação ao tráfego de pessoas ou bens, por meio da cobrança de tributos, ainda que de forma indireta, que encontra repulsa, como visto, nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, bem como nos arts. 5º, XV, 150, V, 170, IV, todos as CF/88, *verbis*:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;*
>
> *(...)*

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
>
> *(...)*
>
> *IV - livre concorrência;"*

Não bastasse isso, a norma impugnada também afronta o art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe que *"todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semirreboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei",* dispositivo que está em sintonia com o art. 75, IV, § 1º, do Código Civil Brasileiro, o qual estabelece que, quanto às demais pessoas jurídicas, o domicílio é o do *"o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos",* e, *"tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados".*

Parte dispositiva.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei n. 4.785/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul, relativamente à impetrante, tornando definitiva a liminar concedida que determinou ao Estado de Mato Grosso do Sul que se abstenha de implementar a lei acoimada de inconstitucional.

Sem honorários e sem custas, nos termos da lei.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.(3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita, nos termos do voto do relator. Por maioria acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva do presidente da assembleia, nos termos do voto do Des. Sideni Soncini Pimentel. no mérito, com o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Abstiveram de votar os desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Sérgio Fernandes Martins, por estarem ausentes justificadamente no início do julgamento. Ausente, justificadamente, Des. Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802729-74.2015.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PARTE JÁ FALECIDA QUANDO DO AJUIZAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO – ART. 43 DO CPC – EXTINÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA COM A MORTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há necessidade de intimar pessoalmente o autor para suprir eventual falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo ou dar andamento ao feito no prazo de 48 horas, haja vista que proposta ação em face de pessoa falecida, não há como aplicar-se a regra do artigo 43 do Código de Processo Civil, atinente à substituição processual em caso de falecimento de uma das partes.

Sendo a capacidade de ser parte um dos pressupostos processuais, o ajuizamento de ação em face de pessoa já falecida leva à extinção do processo sem julgamento do mérito.

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.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco Honda S.A. apela da sentença que extinguiu, sem resolução de mérito, a ação de busca e apreensão proposta em desfavor de Cláudio Roberto Alves Duarte, por não se encontrar comprovada a constituição em mora, uma vez que a notificação extrajudicial foi realizada após o falecimento do devedor.

Sustenta, em síntese, que a sentença deve ser anulada, porquanto a inicial só poderia ser indeferida após a intimação do apelante para dar andamento ao feito no prazo de 48 horas, bem como suprir eventual ausência dos pressupostos da ação.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja anulada a sentença.

VOTO

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

Segundo o art. 3º do Decreto Lei n. 911/69, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente poderá ser concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

Dispõe o art. 2º, § 2º e o art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69:

> *"Art 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.*
>
> *(...)*
>
> *Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciàriamente, a qual será concedida Iiminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor."*

Resta evidente que, em geral, a comprovação da constituição do devedor em mora, para que seja deferida liminarmente a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, deverá ser feita através de notificação pelo Oficial do Cartório de Títulos e Documentos ou intimação acerca do protesto.

Registre-se que, nas ações de busca e apreensão, a comprovação da mora do devedor fiduciário, conforme entendimento jurisprudencial, constitui pressuposto para a constituição e o desenvolvimento válido do processo.

Nesse sentido:

> *"BUSCA E APREENSÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ENCARGOS ILEGAIS.- A comprovação e validade da mora do devedor é um dos pressupostos processuais da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Art. 2º do Decreto-Lei 911/64 e Súmula 72.- A cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora."* (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 803.265/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 19/12/2007, DJ 08/02/2008, p. 1)

Na hipótese, o falecimento do apelado se deu antes do ajuizamento da presente ação de busca e apreensão. Verifica-se que o óbito do apelado se deu na data de 18/03/2015, enquanto que a notificação extrajudicial foi entregue em seu endereço no dia 26/05/2015, e o ajuizamento da ação ocorreu no dia 09/09/2015.

Assim, a toda evidência, não se encontra comprovada a regular constituição em mora do requerido, impondo-se a extinção do processo, uma vez que, repita-se, o protesto ocorreu após o falecimento do devedor fiduciário.

Nesse sentido:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DEVEDORA FALECIDA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – CONSTITUIÇÃO EM MORA – ATO INEXISTENTE – EXTINÇÃO – RECURSO PROVIDO . 1.* ***Diante do falecimento da***

> ***devedora antes de ajuizada a ação de busca e apreensão, deve ser reconhecida a inexistência da comprovação da mora, sendo que tal fato constitui óbice ao manejo da ação de busca e apreensão, impondo-se a extinção do feito, sem resolução do mérito***. (TJ/MS. 3ª Câmara Cível. Nº 4000619-95.2013.8.12.0000. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. DJ. 09.04.2013) (g.n.)

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PARTE JÁ FALECIDA QUANDO DO AJUIZAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO – ART. 43 DO CPC – EXTINÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA COM A MORTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO. [...]* ***Sendo a capacidade de ser parte um dos pressupostos processuais, o ajuizamento de ação em face de pessoa já falecida leva à extinção do processo sem julgamento do mérito***. (TJ/MS. Segunda Turma Cível. N. 2011.033706-6/0000-00. Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. DJ. 06.12.11) (g.n.)

E nem se diga que o apelante teria que ser intimado pessoalmente para suprir eventual falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo ou dar andamento ao feito no prazo de 48 horas, haja vista que proposta ação em face de pessoa falecida, não há como aplicar-se a regra do artigo 43 do Código de Processo Civil, atinente à substituição processual em caso de falecimento de uma das partes.

Referido dispositivo legal reza que "*ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265*".

Com efeito, tal regra incide nos casos em que já houve angularização da relação processual, isto é, já ocorreu a citação, porque, antes disso, não há como determinar a sucessão processual.

Este entendimento encontra guarida na jurisprudência desta Corte, senão vejamos:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PARTE JÁ FALECIDA QUANDO DO AJUIZAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO – ART. 43 DO CPC – EXTINÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA COM A MORTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Conforme estabelece o art. 43 do CPC, admite-se a substituição de parte no processo somente quando o falecimento ocorrer em seu curso.*** *Sendo a capacidade de ser parte um dos pressupostos processuais, o ajuizamento de ação em face de pessoa já falecida leva à extinção do processo sem julgamento do mérito.* (TJ/MS. Segunda Turma Cível. N. 2011.033706-6/0000-00. Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade. DJ. 06.12.2011)

Outrossim, é sabido que toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em Juízo (CPC, art. 7º) e, por isso, não possuindo mais a pessoa falecida personalidade jurídica, não pode ela figurar como autora ou mesmo ré em nenhum processo, independentemente do fato da dívida ter sido constituída anteriormente ao óbito.

Portanto, não sendo caso de substituição processual e, principalmente, de figurar pessoa falecida no polo passivo desta ação, não há como prosseguir a presente ação, por ausência de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Isso posto, 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. 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, 22 de novembro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1408258-48.2016.8.12.0000 -Tribunal de Justiça
Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO A PREFEITO – MUNICÍPIO DE SIDROLÂNDIA/MS – ATO DE AUTORIDADE CONSUBSTANCIADO NA INCLUSÃO DO NOME DO IMPETRANTE EM LISTA DE INELEGÍVEIS ENVIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL AO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – EXCLUSÃO DO NOME – IMPOSSIBILIDADE – INSERÇÃO DO NOME DO IMPETRANTE NA LISTA EDITADA NÃO GUARDARÁ O EFEITO AUTOMÁTICO DA SUA INELEGIBILIDADE – NECESSÁRIA RATIFICAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL - PEDIDO DE REVISÃO INTERPOSTO NO TCE AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – IRRELEVÂNCIA – AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO – PRESCRIÇÃO DE ACÓRDÃO – NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE – SEGURANÇA DENEGADA.

In casu, em que pese as alegações do impetrante, vislumbra-se que foram aprovadas teses referentes ao tema, pelo plenário do STF em 17/08/2016, em sede de repercussão geral, nos REs 848.8262 e 729.7443, acerca da interpretação da inelegibilidade estatuída pelo art. 1º, inc. I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/1990, deixando expresso que a inserção do nome do impetrante na lista editada não guardará o efeito automático da sua inelegibilidade, haja vista a necessidade de ratificação pelo Poder Legislativo local do parecer técnico elaborado pela Corte de Contas.

Com efeito, verifica-se que a mera inserção do nome do impetrante na lista opinativa proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, não gera a inelegibilidade do candidato, pois esta consequência só pode ser declarada pela Justiça Eleitoral, após todo o trâmite do processo, nos termos da Lei Complementar n.64/1990.

Ademais, as razões trazidas pelo impetrante, com as quais pretende a determinação de exclusão de seu nome da Lista emitida pelo Tribunal de Contas, merecem ser refugadas, tendo em vista que os embargos de declaração interpostos pelo impetrante no Pedido de Revisão que tramita no referido órgão estadual não foi recebido pelo efeito suspensivo, pelo simples fato de que o pedido de revisão só tem efeito suspensivo excepcionalmente.

Quanto à alegada prescrição quinquenal do julgamento proferido no processo TC/MS 2427/2008, que também ensejou a inclusão do nome do impetrante na lista objeto dos autos, esta também não pode ser admitida, já que o artigo 1º, inciso I, da alínea "g", da Lei Complementar n° 64/90, recebeu nova redação com o advento da Lei da Ficha Limpa, LC nº 135/2010, prevendo o prazo de 8 (oito) anos e não mais de 5 (cinco) para os casos de inelegibilidade e a norma superior (norma complementar) subtrai os efeitos da norma inferior (regimento interno), que com ela for incompatível.

Logo, conclui-se que o impetrante não demonstrou seu direito líquido e certo a ensejar a concessão do *writ*, diante do fato de que não existem provas nos autos de ilegalidade do ato proferido pelo Tribunal de Contas do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Daltro Fiúza impetrou mandado de segurança c/c pedido de liminar visando proteger direito líquido e certo seu contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Relata que é ex-prefeito municipal de Sidrolândia/MS e pretenso candidato às eleições Municipais de 2016 e conforme documentos juntados nos autos, demonstra a existência de pedido de Revisão (TC n° 17467/2014), ainda pendente de recurso no Tribunal de Contas do Estado TCE/MS, pleiteando pela anulação do parecer prévio contrário a aprovação do TC n°2283/200.

Informa, ainda, a pendência do acórdão n° 00/0784/2009, proferido no processo TC n° 2427/2008, que transitou em julgado na data de 18 de dezembro de 2009, há quase 7 (sete) anos.

Notícia que conforme protocolo n° 1715958, fora feito um pedido administrativo para retirada de seu nome da lista de gestores com contas irregulares elaborada dia 05/07/2016 conforme anexo e seu pedido se baseou no fato de que ainda não transitou em julgado o acórdão, já que atualmente o Pedido de Revisão está pendente de julgamento de um embargos de declaração que suspende os efeitos da decisão que não aprovou as contas da última gestão do impetrante.

Narra que conforme o protocolo n°1715777, não foi observada a prescrição do acórdão bem como toda a sua quitação, restando incabível a manutenção do nome do impetrante na lista de inelegíveis levando em consideração acórdão prescrito.

Sustenta que outro ponto crucial, que também serve de base para retirada do nome do impetrante da lista no pedido administrativo 1715958, é o de que não há nos autos, a informação de que as contas do autor Daltro Fiúza, tenham sido apreciadas pela Câmara Municipal, órgão competente para o seu julgamento.

Afirma, ainda, o preenchimento dos requisitos necessários para o deferimento liminar, tendo em vista que a demora da prestação jurisdicional pode-lhe acarretar a ineficácia da medida, tendo em vista que, o ora impetrante poderá ser impedido de candidatar-se ou sofrer diversos pedidos de impugnação, pelo simples fato de constar na lista.

Acostou documentos às fls.14-185.

Em atendimento ao que preleciona o art.10 do Novo Código de Processo Civil, foi proferido despacho às fls.189-190, determinando que o impetrante se manifestasse a respeito de algumas questões preliminares.

O impetrante se manifestou às fls.191-194, colacionando documentos às fls.195-197.

A liminar requerida na inicial foi deferida às fls.199-203.

O Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul ofereceu resposta às fls.205-214.

A Procuradoria-Geral de Justiça (fls.249-259) opinou em seu parecer pela denegação da segurança.

VOTO

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

Verifica-se que na inicial do mandado de segurança, o impetrante narra que é ex-prefeito municipal de Sidrolândia/MS e pretenso candidato às eleições Municipais de 2016, e que, conforme documentos juntados nos autos, existe um Pedido de Revisão das Contas (TC n° 17467/2014), ainda pendente de recurso, tramitando no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Relata também que também está pendente o Acórdão n° 00/0784/2009, proferido no processo TC n° 2427/2008, que transitou em julgado na data de 18 de dezembro de 2009, há quase 7 (sete) anos.

Obtempera que conforme protocolo n° 1715958 e 1715777, fora feito um pedido administrativo para retirada do nome do Impetrante da lista de Gestores com contas irregulares elaborada dia 05/07/2016 conforme anexo e que o pedido se baseou no fato que ainda não transitou em julgado o acórdão, bem como atualmente está pendente de julgamento de um Embargos de Declaração, e do outro pedido, que está prescrito o acórdão, não podendo ainda permanecer na lista, posto que transcorreu o lapso de 5 (cinco) anos.

Aduz que outro ponto crucial para a retirada de seu nome da referida lista é o fato de que as contas do impetrante não foram apreciadas pela Câmara Municipal, órgão competente para seu julgamento, e não pode o Tribunal de Contas inserir seu nome na lista de ordenadores de despesas que tiveram suas contas rejeitadas, já que não compete a este órgão proferir tal julgamento.

Afirma que a manutenção se seu nome na lista lhe trará diversos prejuízos e impugnações, motivo pelo qual interpôs o presente writ requerendo a exclusão de seu nome ou que o órgão competente se abstenha de fazê-lo, sob pena de multa no importe de R$1.000,00 (um mil reais).

Pois bem.

Em que pese as alegações do impetrante, vislumbra-se que foram aprovadas teses referentes ao tema, pelo plenário do STF em 17/08/2016, em sede de repercussão geral, nos REs 848.8262 e 729.7443, acerca da interpretação da inelegibilidade estatuída pelo art. 1º, inc. I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/1990, deixando expresso que a inserção do nome do impetrante na lista editada não guardará o efeito automático da sua inelegibilidade, haja vista a necessidade de ratificação pelo Poder Legislativo local do parecer técnico elaborado pela Corte de Contas.

Com efeito, verifica-se que a mera inserção do nome do impetrante na lista opinativa proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, não gera a inelegibilidade do candidato, pois esta consequência só pode ser declarada pela Justiça Eleitoral, após todo o trâmite do processo, nos termos da Lei Complementar n.64/1990.

Ocorre que o impetrante requer a exclusão de seu nome da lista de gestores com contas públicas reprovadas, sob alegação de que contar nesta lista pode-lhe causar prejuízos e impugnações que podem gerar sua inelegibilidade, o que não pode ser admitido, já que como dito acima, a referida lista somente declara as contas irregulares para serem ratificadas pela Câmara Municipal e posteriormente, caso ratificadas, seja declarada a inelegibilidade do candidato pela Corte Competente.

A Lei Complementar nº 64/1990, em seu artigo 1º, g, dispõe que são inelegíveis os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

Porém, o referido parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera inelegibilidade prevista no artigo supramencionado, ou seja, em nada altera a esfera dos direitos do impetrante, o que atrai a conclusão de que o presente mandado de segurança deve ser denegado, ante a clarividente ausência de direito líquido e certo a ensejar sua concessão.

Ademais, as alegações trazidas pelo impetrante, com as quais pretende a determinação de exclusão de seu nome da Lista emitida pelo Tribunal de Contas, merecem ser refugadas, tendo em vista que os embargos de declaração interpostos pelo impetrante no pedido de revisão que tramita no referido órgão estadual não foi recebido pelo efeito suspensivo, pelo simples fato de que o pedido de revisão só tem efeito suspensivo excepcionalmente.

Neste sentido, preleciona o Art.74 da Lei Complementar Estadual n° 160/2012, que dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, *in verbis:*

> *"Art.74 – Sendo relevante o fundamento do pedido de revisão e havendo risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, o Conselheiro Relator do processo pode conceder liminarmente o efeito suspensivo."*

Quanto à alegada prescrição quinquenal do julgamento proferido no processo TC/MS 2427/2008, que também ensejou a inclusão do nome do impetrante na lista objeto dos autos, está também não pode ser admitida, já que o artigo 1°, inciso I, da alínea "g", da Lei Complementar n° 64/90, recebeu nova redação com o advento da Lei da Ficha Limpa, LC n° 135/2010, prevendo o prazo de 8 (oito) anos e não mais de 5 (cinco) para os casos de inelegibilidade.

É cediço que a norma superior (norma complementar) subtrai os efeitos da norma inferior (regimento interno), que com ela for incompatível, afastando a alegada ilegalidade do ato proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, de inclusão do nome do impetrante na lista de inelegíveis com base nas contas referentes ao acórdão transitado em julgado em dezembro de 2009.

Neste sentido:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE AUTORIDADE CONSUBSTANCIADO NA INCLUSÃO DO NOME DO IMPETRANTE EM LISTA DE INELEGÍVEIS ENVIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL - TRE. O pretenso direito do impetrante encontraria fundamento na disposição do regimento interno do TCE, que prevê o prazo de cinco anos para a inclusão de gestores nas listas de inelegibilidade, que tiveram suas contas rejeitadas em*

> *período anterior. Não há amparo legal à pretensão, tendo em vista que o art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/90, recebeu nova redação com o advento da Lei Complementar nº 135/2010, prevendo o prazo de 8 (oito) anos e não mais de 5 (cinco) para os casos de inelegibilidade. A norma superior (lei complementar no caso) subtrai os efeitos da norma inferior (regimento interno), que com ela for incompatível. Inexistência de ilegalidade no ato praticado pelo Tribunal de Contas, consubstanciado na inclusão do nome do impetrante na lista de inelegíveis encaminhada ao Tribunal Regional Eleitoral - TRE. Denegação da segurança."* (TJRJ, MS n00309350420128190000RJ 0030935-04.2012.8.19.0000, Relator Des. José Carlos de Figueiredo, Data de Publicação 14/08/2013). (Destaquei).

Logo, conclui-se que o impetrante não demonstrou seu direito líquido e certo a ensejar a concessão do writ, diante do fato de que não existem provas nos autos de ilegalidade do ato proferido pelo Tribunal de Contas do Estado.

Ademais, vale ressaltar que a manutenção de seu nome na lista objeto dos autos não lhe causará prejuízos quanto a elegibilidade, já que, como dito alhures, a Câmara Municipal é exclusivamente competente para julgar as contas de governo e as contas de gestão pública dos prefeitos, sendo o cadastro objeto dos autos, somente opinativo.

Não há como falar em direito líquido e certo que enseje a propositura de um mandado de segurança.

Nos termos do inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição da República de 1988:

> *"LXIX - conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."*

E, quanto ao direito líquido e certo,

> *"(...) cuida-se de conceito tipicamente processual, que significa certeza e liquidez do fato, jamais do direito ou da lei. Portanto, é o fato que deve ser líquido e certo, ainda que complexo, isto é, fato documentalmente provado, sem necessidade de dilações probatórias. Consoante a jurisprudência, 'direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco'. No mesmo sentido, a seguinte decisão: 'O direito líquido e certo nada tem, em si, com direito subjetivo. Diz respeito única e exclusivamente à prova documental. Por mais complicadas sejam as questões jurídicas, a solução do conflito de interesses pode ser alcançada através de mandado de segurança. Os fatos - esses, sim - é que não podem ser controversos e duvidosos'".* (In Apontamentos sobre o Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Clayton Maranhão, GÊNESIS - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: julho/setembro de 2001, p. 468).

Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, tenho que a impetrante não logrou êxito em demonstrar a ilegalidade do ato da autoridade apontada como coatora.

Isso posto, com o parecer, denego a segurança pleiteada, consequentemente, revogando a liminar anteriormente deferida. Custas, pelo impetrante, consigno, porém, que a espécie não comporta condenação ao pagamento de honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 05 de outubro de 2016.

***

Órgão Especial
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1408845-70.2016.8.12.0000
Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE CRIA FUNÇÃO DE CONFIANÇA DE SUPERINTENDENTE DE CONTABILIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – GRATIFICAÇÃO DE 100% (CEM POR CENTO) DO VENCIMENTO INTEGRAL DO SERVIDOR DESIGNADO PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – REQUERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* – CAUTELAR INDEFERIDA.

A tutela provisória de urgência cautelar será concedida quando aquele que a pleiteia apresentar elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo, que, simplificando, consiste no perigo da demora.

Concatenando os ensinamentos doutrinários com a situação esposada nesta ação conclui-se que assim como a relevância dos fundamentos arguidos pelo requerente (*fumus boni iuris*) não foi demonstrada, também não se vislumbra o perigo da demora, porquanto a legislação impugnada se encontra em vigor desde junho de 2008, ou seja, há mais de oito anos, o que ilide o reconhecimento de urgência na medida, inviabilizando a concessão da medida cautelar postulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, indeferir a liminar nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

O Prefeito do Município de Cassilândia, Marcelino Pelarin, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da Câmara Municipal de Cassilândia, objetivando a retirada da Lei Complementar Municipal nº 117, de 30 de junho de 2008 do ordenamento jurídico, face à alegada violação aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, bem como aos artigos 1º da Carta Magna e 25, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sustentou que a legislação, ao instituir a gratificação de 100% (cem por cento) exclusivamente para os ocupantes do cargo de superintendente de contabilidade (art. 1º), feriu flagrantemente os princípios constitucionais perante as questões salariais entre os demais servidores municipais.

Asseverou que a legislação feriu aos artigos 1º da Constituição Federal e 25, II, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pediu, então, afirmando a satisfação dos requisitos autorizadores (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), a suspensão da expressão "*mediante gratificação de 100% (cem por cento) do vencimento integral do servidor efetivo*" do art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 117/2008, até decisão final desta demanda objetiva.

Subsidiariamente, requereu a concessão da tutela de evidência amparada no artigo 311, IV, do Código de Processo Civil, para sustar a eficácia da Lei Complementar nº 117/2008, uma vez que a exordial encontra-se instruída com prova documental suficiente a demonstrar o fato constitutivo do direito.

Em seguida, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do pedido cautelar (fs. 133/139), tendo a Câmara Municipal de Cassilândia ratificado o entendimento externado pela PGJ (f. 140).

VOTO

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

O objeto desta ação direta de inconstitucionalidade é o artigo 1º da Lei Complementar Municipal nº 117, de 30 de junho de 2008, que criou a Função de Confiança de Superintendente de Contabilidade, com gratificação de 100% (cem por cento) do vencimento integral do servidor efetivo designado para o exercício da função.

Neste momento, a discussão cinge-se ao atendimento dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar, aliás, embora o requerente requeira a tutela de evidência, percebe-se que em realidade pretende obter neste momento processual o deferimento da tutela de urgência para suspender trecho do art. 1º da LCM 117/2008.

Em razão da inexistência de diploma no âmbito estadual disciplinando o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, devem ser observados os dispositivos da Lei nº 9.868/1999, de abrangência nacional, cujo artigo 21 autoriza o deferimento da cautelar.

Como ocorre em geral com os provimentos de tutela provisória, o deferimento da liminar supõe presentes a relevância dos fundamentos invocados na inicial (*fumus boni iuris*) e a necessidade ou a conveniência da providência antecipada, para garantir a efetividade do futuro e provável juízo de procedência (*periculum in mora*).

Nesta linha de raciocínio, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "*A liminar pressupõe a relevância da articulação e o risco de se manter com plena eficácia o quadro normativo*" (ADI 2333 MC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação DJ 6.5.2005).

Como de sabença trivial, a ação direta de inconstitucionalidade consiste em processo objetivo para se aferir a compatibilidade imediata da legislação infraconstitucional com as normas da Constituição da República e dos Estados (bem assim da Lei Orgânica do Distrito Federal). Ela fundamenta-se nos princípios da supremacia e rigidez da Constituição e tem por escopo a manutenção da higidez da lei fundamental e integridade do ordenamento jurídico pátrio.

A ideia de controle de constitucionalidade é bem elucidada pelas percucientes lições do professor Alexandre de Moraes:

> *"Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la" (in* Direito Constitucional**.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 699).

A aferição de compatibilidade constitucional no controle concentrado é direta, vale dizer, para que se conclua pela inconstitucionalidade de uma norma legal é necessário que ela afronte imediatamente uma disposição da Lei Constitucional; se a violação foi reflexa e indireta, em verdade, tem-se controle de legalidade, para o qual a demanda objetiva é a via inadequada.

Com efeito, o parâmetro de constitucionalidade deve ser norma extraída diretamente da Constituição – Federal ou Estadual –, não se admitindo que a apreciação da alegada constitucionalidade passe, primeiro, pela verificação da pertinência do ato questionado com a legislação infraconstitucional e, só mediatamente, com o dispositivo constitucional. Corroborando o quanto esposado, mais uma vez pela pertinência, trago precedentes da Suprema Corte, *verbis*:

> *"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTUCIONALIDADE (ADI). AUSÊNCIA DE CONFRONTO DIRETO ENTRE O ATO NORMATIVO IMPUGNADO E O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL APONTADO COMO PARÂMETRO. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES. 1.* ***A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que o controle de constitucionalidade por ADI somente é admissível quando se alega confronto direto, sem intermediações normativas, entre o ato normativo impugnado e o dispositivo constitucional apontado como parâmetro*** *(ADI 996/DF, Pleno, unânime, rel. Min. Celso de Mello, j. 11/03/1994, DJ de 06/05/1994; ADI 1.670/DF, Pleno, unânime, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10/10/2002, DJ de 08/11/2002; e ADI-AgR-ED-ED 3.934/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 24.02.2011, DJe 30/03/2011). 2. Agravo Regimental improvido"* (ADI 3950 AgR. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. DJe 11.10.2013) (g.n.)

> *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto nº 2 .208, de 17.04.97 e Portaria nº 646, de 14.05.97. Alegação de afronta aos artigos 6º, 18 e 208, II da Constituição Federal. Lei nº 9.394/96 - Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional. [...] Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC nº 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI nº 1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida"* (ADI 1670. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ 08.11.2002).

Analisando os autos, não se vislumbra a presença da fumaça do bom direito, pois plenamente possível a criação de função pública por meio de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Municipal, pois os artigos 61, § 1º, II, "a" da Constituição Federal e 67 da Constituição Estadual preconizam que são de iniciativa do Poder Executivo as leis que disponham sobre a criação de funções na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

Malgrado o requerente afirme que a Lei Complementar Municipal nº 117/2008 é inconstitucional pela gratificação estipulada desrespeitar os princípios da isonomia, da pessoalidade e da moralidade, o ordenamento jurídico admite a fixação de retribuição adicional para as funções de confiança, que só podem ser exercidas por servidores que ocupem cargo efetivo.

A designação do servidor público efetivo, com formação em Ciências Contábeis e registro profissional no CRC, para trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo enseja o direito à gratificação de serviço, não incindindo em violação ao princípio da isonomia a ausência de equiparação para os demais servidores municipais.

Não se verifica, *a priori*, a existência de violação aos princípios citados, pois, como dito, a gratificação prevista para o servidor que ocupar o cargo comissionado não esbarra em norma constitucional, sendo possível seu implemento, cabendo ressaltar que o autor se limitou a apontar violações genéricas à Constituição.

Neste sentido, cabe salientar o posicionamento exarado pelo eminente Procurador-Geral da Justiça, que em seu parecer assim se pronunciou:

> *"No presente caso, o ato legislativo municipal cria função de confiança a ser exercida exclusivamente por servidor efetivo com formação determinada (Ciências Contábeis), outorgando-lhe uma gratificação adicional pela função exercida, o que não encontra nenhum óbice constitucional.*
>
> *(...) Ademais, ressalta-se que o autor se limitou a apontar violações genéricas à Constituição Federal e Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul. (...) Assim sendo, não se verifica o fumus boni iuris na pretensão cautelar formulado pelo autor, pois a lei atacada se encontra em aparente harmonia com os ditames constitucionais."*

Como já anotado, a concessão de tutela provisória de urgência cautelar será concedida quando aquele que a pleiteia apresentar elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo, que, simplificando, consiste no perigo da demora.

Acerca deste último requisito, vejamos as lições dos mestres Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *"O perigo na demora é suficientemente aberto, ademais, para viabilizar tanto uma tutela contra o ilícito como uma tutela contra o dano. Há perigo na demora porque, se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento. Daí que 'perigo de dano' e 'risco ao resultado útil do processo' devem ser lidos como 'perigo na demora' para caracterização da urgência [...]* (In Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. Tutela dos direitos Mediante Procedimento Comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. e 209).

Concatenando os ensinamentos doutrinários com a situação esposada nesta ação conclui-se que assim como a relevância dos fundamentos arguidos pelo requerente (*fumus boni iuris*) não foi demonstrada, também não se vislumbra o perigo da demora, porquanto referida legislação se encontra em vigor desde junho de 2008, ou seja, há mais de oito anos, o que afasta a existência de qualquer urgência na medida.

A demora no ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, após lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, associada à falta de demonstração do pressuposto legal objetivo, ilide o reconhecimento da situação caracterizadora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada.

Finalmente, para ilustrar, cita-se julgado do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, ausentes os requisitos autorizadores, é vedada a concessão da medida cautelar:

> *"[...] II.* - ***Medida cautelar indeferida, seja porque inocorre relevância do fundamento da inicial que pudesse autorizar o deferimento, seja porque, ocorrente o relevo da questão em debate, inocorre o periculum in mora****"*. (ADI 736 MC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Publicação DJ 14.6.2002) (grifo nosso).

Isso posto, com o parecer, indefiro o pedido de concessão da tutela provisória de urgência cautelar.

Após a publicação do acórdão, notifiquem-se o Presidente da Câmara Municipal e o Prefeito de Cassilândia para, no prazo de 30 (trinta) dias, prestar as informações que entender necessárias (RITJMS, art. 519, *caput*[1]).

Cite-se o Procurador Jurídico do Município de Cassilândia para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender os dispositivos da Lei Municipal nº 117/08 impugnados (RITJMS, art. 520[2]).

Em seguida, colha-se o parecer do douto Procurador-Geral de Justiça (RITJMS, arts. 521[3] e 522[4]).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, indeferiram a liminar nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 05 de outubro de 2016.

***

1 "**Art. 519.** Após a apreciação do pedido cautelar, ou não existindo este, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou o ato normativo, que deverão ser prestadas no prazo de trinta dias, contado do recebimento do pedido. Parágrafo único. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após as informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente o pedido."

2 "**Art. 520.** O Procurador-Geral do Estado será citado previamente para defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado, no prazo de quinze dias".

3 "**Art. 521**. O Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade".

4 "**Art. 522.** Recebidas as informações, será aberta vista ao Procurador-Geral de Justiça pelo prazo de quinze dias, para emitir parecer".

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0600058-28.2011.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO MONITÓRIA DE NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA – AVALISTA QUE É O ÚNICO RÉU DA AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE O AVALISTA RESPONDER POR TÍTULO DE CRÉDITO PRESCRITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – SENTENÇA NULA – RECURSO PROVIDO.

A ação de execução por título extrajudicial da nota promissória prescreve em três anos, ao teor do artigo 70 da Lei Uniforme das Notas Promissórias, contado o prazo do vencimento da cártula.

Vencida a nota promissória em data de 05.07.2006, a execução por título extrajudicial poderia ser proposta até 05.07.2009, o que não ocorreu, perdendo a nota promissória, assim, sua cambiariedade, embora possa ser objeto de ação monitória que pode ser proposta em até cinco anos contados, também, do vencimento da obrigação, na forma do artigo 206, § 5º, I, do CC de 2002.

Uma vez prescrita a ação cambiária, o aval nela lançado perde sua eficácia, de tal forma que, a partir daí, o avalista não responde pela obrigação assumida pelo devedor principal, salvo se comprovado que auferiu benefício com a dívida, circunstância não registrada na espécie.

Por força disso, pronuncia-se a ilegitimidade passiva do avalista para responder por dívida inscrita em título de crédito que sofreu a prescrição, em ação monitória somente em face dele ajuizada, quando não foi demonstrado seu locupletamento ilícito, circunstância até mesmo não aventada no caso.

Se a sentença desconsidera essa circunstância, é ela nula, devendo assim ser pronunciada sua nulidade.

Consequentemente, por força da nulidade que se opera sobre toda a sentença, e em razão do disposto no artigo 281, primeira parte, do novo CPC, é nulo também o provimento sobre a reconvenção ofertada pelo réu eis que, não sendo parte legítima para a ação monitória, falece-lhe legitimidade, também, para ofertar reconvenção. Mesmo não tendo ocorrido recurso do autor da ação, eis que a reconvenção teve seu pedido acolhido em parte, não há que se falar em trânsito em julgado daquele capítulo da sentença porque o que é nulo não tem aptidão para produzir eficácia.

Recurso do autor conhecido e provido para pronunciar a ilegitimidade passiva do réu para a ação monitória e, consequentemente, anular a r. sentença em seu todo.

PROCESSUAL CIVIL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS E FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E RECURSAIS COM BASE NO VALOR DA CAUSA, ANTE À INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO – RECONVENÇÃO QUE RESTA PREJUDICADA – SENTENÇA TOTALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

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. Se a sentença vergastada foi publicada em 12 de abril de 2016, ou seja, já sob a égide do novel diploma, este deve reger o julgamento do presente recurso (teoria dos atos processuais).

O prazo prescricional para o ajuizamento da ação de execução de nota promissória, regulada pela Lei Uniforme (Decreto nº 57663 /66), é de três anos, conforme prevê o art. 70 do Decreto 57.663/66, contados a partir da data de emissão. Portanto, escoado o prazo da pretensão executória, operou-se, também, a prescrição da pretensão executória do título. Tendo a ação monitória sido proposta em data posterior àquela indicada como prescricional, é cediço que o avalista não pode responder por tal título, sendo parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação que sobre esse versar.

Quando não há condenação, sendo impossível precisar, de igual forma, o proveito econômico obtido com a causa, os honorários advocatícios e recursais devem ser fixados sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, §2º do NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Luiz Neves de Azevedo em face da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Coxim, Dra. Helena Alice Machado Coelho, em que esta julgou parcialmente procedente o pedido contido em ação monitória movida por Pedro Batista de Morais em desfavor do apelante e, noutro vértice, julgou parcialmente procedente a reconvenção proposta por este em face do recorrido.

O apelante, em suas razões de fls. 280/283, prequestiona a validade do artigo 897 do Código Civil, que disciplina que o aval é válido para o título de crédito (ação executiva) e não para a declaração de dívida, como no caso da ação monitória.

Em seguida, em caráter preliminar, argui a impossibilidade jurídica do pedido, afirmando, para tanto, que ele, como avalista, não pode responder por dívida que tenha por base nota promissória prescrita.

No mérito, sustenta que a r. sentença não analisou o pedido de fls. 265/271, que fala exatamente sobre a tese que alegou preliminarmente (de que não pode, como avalista, responder por nota promissória prescrita). Afirma que excepcionalmente o avalista poderia responder por eventual proveito que tenha tido, o que não se operou no caso concreto.

Alega, nesse sentido, que não participou das negociações envolvendo a compra e venda do terreno que ensejaram a emissão da nota promissória ora discutida, o que se comprova pelo fato de que o comprador, Ernandes, ouvido em juízo, sequer conhece o apelante.

Assevera, por fim, que laborou em erro o juízo *a quo* ao entender que não restou comprovado que o negócio jurídico entre o requerente e Claiton Luis Fernandes não tenha se caracterizado, informando, para tanto, que a prova de fl. 106 demonstra o contrário.

Decorreu o prazo sem que houvesse manifestação do apelado, conforme certidão de fl. 286.

VOTO

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

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, e a sentença foi publicada em 12 de abril de 2016 (fl. 278), ou seja, já sob a égide do novel diploma, de sorte que este deve reger o julgamento do presente recurso.

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Observa-se que o apelante foi intimado da sentença pelo Diário da Justiça nº. 3556, do dia 15/04/2016, certidão de fl. 279, com início do prazo em 18/04/2016 e término em 09/05/2016.

O presente recurso foi interposto em 09/05/2016, em atenção, portanto, ao prazo do § 5º[2] do art. 1003 do NCPC.

Observa-se, outrossim, que houve recolhimento de preparo, conforme guia de recolhimento de fl. 284.

Decorreu o prazo sem que houvesse manifestação do apelado, conforme certidão de fl. 286.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Luiz Neves de Azevedo em face da r. sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Coxim, Dra. Helena Alice Machado Coelho, em que esta julgou parcialmente procedente o pedido contido na ação monitória movida por Pedro Batista de Morais em desfavor do apelante, e, noutro vértice, julgou parcialmente procedente a reconvenção proposta por este em face do recorrido.

O apelado Pedro Batista de Morais ajuizou, em 26/05/2011, ação monitória em desfavor do apelante, alegando ser credor da importância corrigida de R$254.281,68, apresentando, com a inicial, a nota promissória representativa da dívida, no valor de R$30.000,00, emitida em 05 de julho de 2006 (fl. 12).

Segundo o autor da ação, aqui apelado, a referida cártula se refere a uma promessa abstrata e incondicional de pagamento, exibida para garantir negócio de compra e venda de imóvel firmado entre ele e o emitente do título. Ingressou com a presente ação, contudo, em face do avalista da nota promissória.

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

2 § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Devidamente citado, o apelante (avalista) apresentou embargos monitórios às fls. 40/42, em que pugnou pelo reconhecimento da prescrição do título, da incompetência territorial do juízo a quo, e, no mérito, pleiteou a denunciação de Clailton Luis Fernandes da Conceição (emitente da cártula) à lide, discutiu a existência do negócio jurídico que teria dado ensejo à emissão da nota promissória e, por fim, alegou a necessidade de revisão da correção apresentada pelo autor em sua inicial. Impugnação às fls. 68/70.

Propôs, também, reconvenção, às fls. 26/27, em que pugnou pela compensação das dívidas, afirmando que, na verdade, o apelado devia a ele o valor referente a alugueis de uma moradia e de um caminhão, bem como uma multa de trânsito. Contestação às fls. 71/73.

Foram afastadas a prejudicial de mérito de prescrição e a pretensão de intervenção de terceiros (denunciação da lide), pela decisão de fls. 108/109, da qual o apelante interpôs agravo de instrumento (fls. 116/118), o qual foi improvido, conforme decisão de fls. 145/155.

O apelante apresentou memoriais às fls. 265/271.

Em seguida, a D. Magistrada proferiu a sentença de fls. 272/277, julgando parcialmente procedentes os embargos da monitória, e parcialmente procedente a reconvenção.

Esse o teor da parte dispositiva da r. sentença:

> *Ex positis, e por tudo que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os embargos à ação monitória propostos por Luiz Neves de Azevedo contra Pedro Batista de Moraes, nos termos do art. 487, I, do CPC, para o fim especial de a) estabelecer que os juros moratórios incidirão, no percentual de 1% ao mês, a partir da citação até a data do efetivo pagamento, nos termos do art. 240 do Novo Código de Processo Civil;*
>
> *b) estabelecer que a correção monetária será feita pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor INPC, desde a data do vencimento da obrigação;*
>
> *c) declarar incabível a aplicação da multa de 10% (dez por cento),por ausência de previsão contratual estipulando sua cobrança.*
>
> *Constituo, por consequência, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado monitório em executivo, devendo o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) ser corrigido nos parâmetros acima expostos.*
>
> *Outrossim, julgo parcialmente procedente a reconvenção proposta por Luiz Neves de Azevedo contra Pedro Batista de Moraes, nos termos do art. 487, I, do CPC, para o fim especial de condenar o requerido a descontar do título executivo o valor da multa de trânsito acostada à fl. 33, cujo valor será atualizado pelos mesmos parâmetros acima estabelecidos.*
>
> *Em razão de o embargado/reconvindo ter decaído em parte mínima dos pedidos, condeno o embargante Luiz Neves de Azevedo a arcar com as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios do autor que fixo em 10% do valor da condenação, haja vista a complexidade da causa, o tempo de tramitação do processo e o respeitoso trabalho desenvolvido pelo causídico (Art. 85, §2º, do NCPC).*
>
> *Transitada em julgado esta sentença, fica convertida a decisão inicial mandamental em título executivo judicial. (fls. 275/276).*

Insurge-se o apelante, neste recurso, apenas quanto à parte que foi sucumbente em seus embargos à monitória, estando protegidas pela coisa julgada material, portanto, as matérias não devolvidas ao juízo *ad quem* e que constam da reconvenção.

Da ilegitimidade passiva do avalista para responder por título prescrito

Essa matéria na realidade não foi agitada na defesa do apelante que, ao propor os embargos monitórios, apenas deduziu prejudicial de prescrição (fundando-se no artigo 206, § 5º, I, do CC de 2002) e incompetência territorial (que deixou de ser apresentada por via de exceção, então exigida). No mérito, atacou o excesso do valor pretendido.

Nos memoriais, o apelante reforçou o argumento em relação à ocorrência da prescrição (fls. 266/267) e, outrossim, agitou matéria relativa à sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da relação processual contida na monitória, porque era avalista do título, e não emitente dele, já que o autor da ação não mais seria credor de um título de crédito mas, por força da prescrição ocorrida, um documento indicativo de divida, pela qual o apelante não seria devedor porque nenhum benefício econômico auferiu ou que lhe tivesse sido proporcionado pelo autor do pedido monitório.

Na r. sentença a prejudicial de prescrição não foi examinada, bem assim como não foi examinada a alegação de ser o réu parte ilegítima *ad causam*, ante a prescrição do título e tendo em vista o fato de que houve perda para ajuizamento da ação cambial.

Na r. sentença a douta magistrada partiu direto do pressuposto de que "nos *autos não haviam elementos que infirmassem a existência do negócio jurídico que deu ensejo à emissão da nota promissória, avalizada pelo apelante*", bem assim como que *"a letra de câmbio e o cheque, a nota promissória é considerada no ordenamento jurídico pátrio um título de crédito, de modo que está submetida ao princípio da abstração, desvinculando-se da causa que lhe deu origem. Assim, a nota promissória acostada à fl. 12 é prova bastante da existência da dívida referida na inicial. Não se pode esquecer que o requerido não negou ter assinado o documento, m*as tão somente tentou livrar-se da obrigação de saldá-lo" (fls. 274).

Bem se vê que não foi essa a matéria posta pelo apelante tanto em sua defesa quanto, depois, nos memoriais, onde lhe seria lícito alegar ilegitimidade passiva *ad causam,* embora tardiamente, respondendo nesse caso tão-somente pelas custas do retardamento, porque se trata de matéria de ordem pública, em relação à qual, inclusive, o douto juízo poderia ter conhecido de ofício.

E examinando a matéria, o apelante é, realmente parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual, exatamente pelo fato de que a nota promissória – como demonstro adiante – perdeu sua força executiva ante a prescrição e, em razão disso, não mais poderia receber o tratamento de título executivo na monitória (que serve exatamente para constituir referido título, agora judicial) pelo que, consequentemente, o avalista que nela figurou perde referida qualidade e, assim, torna-se parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual, notadamente quando o credor não prova que, com o negócio jurídico que deu origem à promissória, depois prescrita, o então avalista obteve alguma vantagem ou proveito econômico, ou que o negócio celebrado o teria sido feito em seu benefício ou favor.

Com efeito.

A nota promissória *"se estrutura como uma promessa de pagamento, razão pela qual sua emissão dá origem a duas situações jurídicas distintas: a do sacador ou promitente (chamado na Lei Uniforme de subscritor), que emite a nota e promete pagar determinada quantia a alguém; e a do tomador, em favor de quem a nota* é *emitida e que receberá a importância prometida."*

Assim, esse título de crédito é uma promessa de pagamento que está sujeita aos princípios inerentes aos títulos de crédito, quais sejam o da cartularidade, da literalidade, da autonomia e da abstração, pelo que a partir da data do vencimento que consta no título é que se conta o prazo para sua prescrição, nos termos do artigo 70 da Lei Uniforme das Notas Promissórias.

In casu, a data de vencimento do título de fl. 12, ora discutido nesta ação monitória, é a de 05.07.2006, e a presente ação monitória foi ajuizada em 26.05.2011, sendo que o apelante e único réu consta como avalista do título.

O prazo prescricional para o ajuizamento da ação de execução de nota promissória, regulada pela Lei Uniforme (Decreto nº 57663 /66), é de três anos, conforme prevê o art. 70 do Decreto 57.663/66, contados a partir do vencimento do título.

Portanto, a pretensão executória do título de fl. 12, datado de 05.07.2006, prescreveu em 06.07.2009.

Tanto que houve ajuizamento da ação monitória e não da ação de execução da cambial, fato, assim, completamente indene de dúvida nos autos.

A prescrição que se deu não foi aquela do artigo 206, §5º, I, do CC, que estabelece que "*prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívida líquidas constante de documento público ou particular"*.

Isto porque, se a dívida venceu em 05.07.2006 e a ação foi proposta em 30.05.2011 (fls. 13), evidentemente que o prazo prescricional para a cobrança em si ainda não havia fluído, que só ocorreria em 05.07.2011.

A prescrição que ocorreu foi para a pretensão executiva, fundada no artigo 70 da Lei Uniforme das Notas Promissórias, o qual estabelece:

> *"Art. 70. Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em 3 (três) anos a contar do seu vencimento."*

Assim posto, deve-se estabelecer a consequência da prescrição da ação de execução em face daquele que figura como avalista no documento que originariamente se constituía em título de crédito sujeito à execução extrajudicial e que agora, nele remanesce, não mais dotado da executividade preconizada em lei.

Sob esse prisma, com o advento da prescrição da execução em face do emitente da nota promissória, o avalista também deixa de ser obrigado ao pagamento correspondente, se movida ação de conhecimento, como a monitória, destinada a compeli-lo ao pagamento fundado tão-somente no fato de ser avalista e não na existência de relação jurídica negocial entre o credor e o avalista, como é aqui o caso.

O desaparecimento da relação cambial é o motor que impulsiona ao reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* do ex-avalista para a ação monitória.

Ressalta-se que não se está a falar, aqui, que decorreu o prazo quinquenal para a propositura de ação monitória – matéria que já foi, inclusive, afastada em julgamento de agravo de instrumento nestes autos, em decisão de minha relatoria, visto que se observa, neste voto, o disposto na súmula 504, STJ: "*o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título*", bem como na jurisprudência pátria:

> *"DIREITO EMPRESARIAL. PRAZO PRESCRICIONAL PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. RECURSO REPETITIVO* (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).)

O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva **é** quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título. Com efeito, qualquer dívida resultante de documento público ou particular, tenha ou não força executiva, submete-se ao prazo prescricional de cinco anos, que está previsto no art. 206, § 5º, I, do CC. Cabe registrar que a nota promissória é título de crédito abstrato, isto é, pode ser emitida em decorrência de qualquer negócio jurídico e o seu pagamento resulta na extinção da obrigação originária. O art. 132 do CC ainda esclarece que, salvo disposição legal ou

convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo e incluído o do vencimento. Assim, o termo inicial para a fluência do prazo prescricional para a perda da pretensão relativa ao crédito concernente à obrigação originária corresponde ao dia seguinte àquele previsto na cártula para o pagamento do título de crédito - quando, então, se pode cogitar inércia por parte do credor.[3]

O que se pretende dizer, noutro vértice, é que a prescrição do título, quando ocorre, desobriga o avalista, não podendo este responder por ação monitória de título prescrito, como no caso em tela.

É pacífica a jurisprudência do STJ do sentido de que, prescrito o título, desobrigado está o avalista. Veja-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. RESPONSABILIDADE DO AVALISTA.*
>
> *I - Na linha dos precedentes desta Corte, prescrito cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência o aval. Dessa forma, o avalista só responde pela dívida se provado o seu locupletamento.*
>
> *II - A mesma orientação deve ser aplicada ao avalista de nota promissória prescrita, mesmo que ele seja também o representante legal da empresa devedora. Agravo Regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp: 849102 SP 2006/0095121-0, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 25/08/2009, T3 - Terceira Turma)

Consta do voto do e. Ministro Relator a citação de precedentes do Superior Tribunal De Justiça, todos no mesmo sentido. Confira-se:

> *"O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):*
>
> *5.- Não merece prosperar a irresignação.*
>
> *6.- Embora evidente o esforço da agravante, não trouxe nenhum argumento capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, a qual, frise-se, está absolutamente de acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo, portanto, a decisão agravada, ser mantida por seus próprios fundamentos:*
>
> *4.- Nos termos da jurisprudência desta Corte, prescrito o título de crédito, desaparece a relação cambial e, em consequência o aval. Dessa forma, o avalista só responde pela dívida se provado o seu locupletamento.*
>
> *Anote-se:*
>
> *CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. AVALISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA.*
>
> *Prescrita a ação cambiária, perde eficácia o aval, não respondendo o garante pela obrigação assumida pelo devedor principal, salvo se comprovado que auferiu benefício com a dívida, circunstância não registrada na espécie. (*REsp 1022068/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª TURMA, DJe 02/02/2009);
>
> *Direito comercial e processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Embargos à ação monitória. Nota promissória prescrita. Propositura de ação contra o avalista. Necessidade de se demonstrar o locupletamento. Precedentes.*
>
> *- Prescrita a ação cambial, desaparece a abstração das relações jurídicas cambiais firmadas, devendo o beneficiário do título demonstrar, como causa de pedir na*

3 REsp 1.262.056-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11/12/2013.

> *ação própria, o locupletamento ilícito, seja do emitente ou endossante, seja do avalista.* (AgRg no Ag 549.924/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 05/04/2004)*;*
>
> *Ação monitória. Cheque prescrito. Avalista. Prescrito o cheque, desaparece a relação cambial e, em consequência, o aval. Permanece responsável pelo débito apenas o devedor principal, salvo se demonstrado que o avalista se locupletou.* (REsp 200.492/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 21/08/2000).
>
> *7.- Ressalte-se que o recorrente não demonstrou porque o raciocínio destacado nos precedentes citados, relativos ao aval em cheques prescritos, não poderia ser aplicado em relação às notas promissórias, o que seria de rigor.*
>
> *(...) 10.- Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental. Ministro Sidnei Beneti. Relator"*

No mesmo sentido acórdão relatado pelo Min. João Otávio de Noronha, no Agravo em Recurso Especial Nº 647.072 - RO (2014/0342943-9), de 05.02.2015.

Em outro acórdão, ainda, o Min. Marcos Buzzi voltou a externar esse entendimento:

> *"É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior quanto* ***à*** *ilegitimidade do avalista para responder por dívida inscrita em título de crédito que sofreu a prescrição, salvo quando demonstrado seu locupletamento ilícito, circunstância não aventada no caso. Aplicação do enunciado n. 83/STJ 5. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1.069.635/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 1º/9/2014).

De igual forma, finalmente, apenas para arremate, o julgado do AREsp 425904, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data da Publicação 03/12/2014.

No caso, o autor da ação monitória nem esboçou argumentar que o avalista teria obtido locupletamento com o aval dado no título que perdeu a executividade.

Logo, nada sendo provado a esse respeito, desaparecendo o aval com a prescrição para a pretensão executiva, como no caso, o autor não pode exigir o valor respectivo daquele que figurou um dia como avalista no título que perdeu a cambiariedade e executividade, como no caso, pelo que reste também indene de dúvida de que o pedido realizado em face do apelante se fez perante quem não tem legitimidade para responder pelo pagamento do débito.

Por consequência, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do apelante para figurar no polo passivo da presente ação, resta prejudicada a reconvenção por ele proposta, a qual, ainda que não tenha sido objeto de recurso, não pode subsistir, de sorte que, não sendo o réu parte legítima para figurar no polo passivo da ação principal, não possui, tampouco, legitimidade para reconvir.

Trata-se, vale dizer, de vício insanável (ilegitimidade de parte), razão pela qual não se aplica ao caso dos autos o disposto no art. 317 do CPC.[4]

Em caso tal não se trata de meramente reformar a r. sentença, mas sim de anulá-la, de tal forma que toda a disposição relativa à reconvenção, embora não tenha sido submetida a recurso, é consectário lógico da premissa anterior. Se o réu é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual contida na ação monitória, evidentemente que não tem legitimidade, também, para propor a ação reconvencional, dela sendo carecedor.

4 Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

São circunstâncias que antecedem ao provimento quanto ao mérito da ação, de tal forma que não há que se falar em coisa julgada para proibir a alteração da r. sentença no que se refere à reconvenção, em face da não interposição de recurso do autor da monitória.

Se a sentença, em caso tal, é nula, evidentemente que toda ela não tem validade alguma, inclusive suposta formação de coisa julgada sobre o capítulo da sentença que julgou a reconvenção, porque ato nulo não produz qualquer efeito, mesmo em se tratando de ato judicial, como no caso. Essa é uma consequência, aliás, que de certa forma pode ser enquadrada no disposto na primeira parte do artigo 281 do NCPC, que estabelece que "*anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam"*.

Ora, anulada a sentença, porque o réu é parte ilegítima, em razão dos motivos acima indicados, a parte seguinte dela, relativa à reconvenção, é nula também, porque a validade da reconvenção depende da aferição da legitimidade da parte que a propôs no processo em curso. Se o réu é parte ilegítima para a ação, certamente que o é também em relação à reconvenção que, embora apreciada, é atingida e contaminada pela nulidade absoluta da sentença.

Dos ônus sucumbenciais e dos honorários advocatícios

É certo, em primeiro lugar, que não há no ordenamento jurídico brasileiro espaço para a expressão "pedido implícito", visto que aqui se consagra a inércia da jurisdição e seu consectário lógico do princípio dispositivo. Assim, por certo, as hipóteses apontadas pela doutrina como exemplos de pedido implícito, nada mais são do que situações em que o juiz é obrigado a se manifestar, ainda que não tenha sido provocado a fazê-lo, a fim de evitar o *non liquet*.

O art. 85, *caput*, do NCPC, utiliza a expressão*: "a sentença condenará o vencido"*, delimitando, assim, o conteúdo da sentença e impondo, por conseguinte, que se destine um capítulo **à** condenação do vencido ao pagamento de honorários.

In casu, o juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido contido na ação monitória proposta por Pedro Batista de Moraes (aqui apelado), bem como julgou parcialmente procedente a reconvenção proposta por Luiz Neves de Azevedo, extinguindo, assim, ambos os feitos, com resolução de mérito.

Contudo, neste voto, entende-se pela extinção do feito sem resolução do mérito da ação monitória, de sorte que, inexistindo legitimidade passiva do réu na ação principal, ausente está, também, a legitimidade ativa deste para reconvir.

Logo, a divisão dos ônus sucumbenciais e a fixação dos honorários advocatícios deve ser feita novamente, em razão da reforma da r. sentença e de se tratar de hipótese de pedido implícito, sendo dever do juízo *ad quem* manifestar-se acerca deste capítulo da sentença que é consectário lógico das razões tomadas para decidir.

Portanto, inverto os ônus sucumbenciais e condeno o apelado, Pedro Batista de Moraes, a arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §2º do NCPC.

Dos honorários recursais

Como a r. sentença foi publicada sob a égide no Novo Código de Processo Civil, este é o diploma aplicável à espécie.

E, de acordo com o novel § 11 do art. 85, o Tribunal, ao julgar o recurso, deverá majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, tendo em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Não resta dúvida, conforme ensina a doutrina[5], que a nova regra é justa, na medida em que remunera o trabalho adicional do advogado, que não foi considerado na sentença. É, pois, evidente que um processo cuja sentença transita em julgado sem interposição de apelação dá muito menos trabalho do que aquele que chega aos Tribunais Superiores, através de sucessivos recursos.

Ademais, a nova regra também possui por escopo servir de desestímulo à interposição de recursos protelatórios, já que haverá um custo a mais à parte que sucumbiu. Pois bem.

In casu, ante o total provimento do presente recurso, ainda que por outros fundamentos, torna-se imperiosa a fixação de honorários advocatícios recursais em prol do patrono do apelante, a fim de remunerar o trabalho desempenhado nas razões.

Neste acórdão os honorários foram fixados em 10% do valor da condenação, observados os incisos do § 2º do referido dispositivo.

Verifico, contudo, que, agora, com a extinção sem julgamento do mérito deste processo, face à ilegitimidade passiva do apelante, os honorários advocatícios recursais devem ser arbitrados na forma do § 2º[6] do art. 85 do NCPC.

Trata-se, pois, de uma novidade trazida pelo Novo Código Processual, pela qual, nos casos de inexistência de condenação, os honorários advocatícios não serão, necessariamente, fixados equitativamente, como ocorria no CPC/1973, mas poderão ser estabelecidos em percentual sobre o proveito econômico ou valor atualizado da causa (NCPC, § 2º do art. 85).

Noutras palavras: quando não houver condenação e nem a configuração de uma das alternativas do §8º (proveito econômico inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo), o arbitramento dos honorários se dará por percentual sobre o proveito econômico ou valor atualizado da causa, inovação que se extrai da redação do § 2º do art. 85:

> *"§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos"*

Sobre o tema, colhe-se da doutrina[7] o seguinte ensinamento:

> *"Há novidades sutis, mas de indiscutível relevância prática quanto ao tema dos honorários advocatícios sucumbenciais. Os percentuais entre o mínimo de 10% e máximo de 20% previstos no § 3º do art. 20 do CPC/73 são mantidos no § 2º do art. 85 do Novo CPC. Mas há duas novidades importantes.*
>
> *A primeira fica por conta do proveito econômico como parâmetro para fixação dos honorários dentre dos percentuais previstos em lei quando não houve condenação no caso concreto. Pode-se imaginar nesse caso tanto as decisões meramente declaratórias, como as constitutivas que tenham gerado proveito econômico para o vencedor, bem como as sentenças de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendido pelo autor.*
>
> *A segunda novidade é a fixação de honorários quando não há condenação ou proveito econômico obtido, quando a fixação tomará por base o valor da causa.*

5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processul Civil. 8ª edição. p. 270.

6 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processul Civil. 8ª edição. p. 270.

> *Sob a égide do CPC/73, a inexistência de condenação permitia ao juiz fixar os honorários advocatícios sem qualquer parâmetro, apenas atendendo aos critério das alíneas do art. 20, § 3º. No Novo CPC, tal conduta passa a ser impossível, havendo uma gradação de parâmetro para, a partir daí, fixar os honorários entre dez e vinte por cento: (1º) condenação; (2º) proveito econômico obtido; (3º) valor da causa.*
>
> *(...)*
>
> *O § 4º do art. 20 do CPC/73 vem parcialmente repetido o § 8º do art. 85 do Novo CPC, para as causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, quando o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa (...).”*

Assim, quanto aos honorários recursais, tomarei o valor da causa R$ 254.281,68 (duzentos e cinquenta e quatro mil duzentos e oitenta e um reais e sessenta e oito centavos), como parâmetro para fixação da verba advocatícia recursal.

Nessa extensão, levando em conta do critérios contidos no § 2º do art. 85 do NCPC (grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e a importância da causa; trabalho realizado e tempo exigido para o seu serviço), majoro os honorários advocatícios, tendo em vista a fase recursal, em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, devidamente corrigida desde o ajuizamento.

Dispositivo

Ex positis, conheço do recurso interposto por Luiz Neves De Azevedo e lhe dou provimento, por outros fundamentos, para anular a r. sentença e extinguir o feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, VI do CPC, julgando prejudicada a reconvenção.

Inverto, por conseguinte, os ônus sucumbenciais, e condeno o apelado a arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, os quais fixo, face à inexistência de condenação, em 10% sobre o valor atualizado da causa , nos termos do art. 85, §2º do CPC.

Fixo, por fim, os honorários recursais em 1% (um por cento) também sobre o valor atualizado da causa, devidamente corrigida desde o ajuizamento (na forma do art. 85, §2º do CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

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, 05 de outubro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800235-35.2016.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR FATO DIVULGADO VIA *E-MAIL* DO QUAL TERCEIRO TOMOU CONHECIMENTO – *QUANTUM* FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS – PRETENSÃO DE ELEVAÇÃO DO VALOR FIXADO EM PRIMEIRO GRAU – RECURSO IMPROVIDO.

Na fixação da indenização a título de danos morais 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. Tratando-se, a hipótese dos autos, de dano moral gerado por ofensas enviadas via *e-mail* para o ofendido e para terceira pessoa, e tendo em vista os fatos que permearam a causa, em que houve contribuição decisiva das atitudes do autor para que o evento eclodisse, rejeita-se sua pretensão à majoração dos danos morais impostas na r. sentença, mormente quando está se dando parcial provimento ao recurso da ré para minorar o valor da mesma indenização.

APELAÇÃO CÍVEL DO AUTOR – PROCESSUAL CIVIL PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR FIXADO NA SENTENÇA EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO QUE É PROPORCIONAL AO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO PATRONO NOS AUTOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

É razoável a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, mesmo tendo sido o valor reduzido em grau recursal por força do parcial provimento do recurso da ré, levando-se em conta que, no caso em tela, o processo foi julgado antecipadamente, não havendo grandes dificuldades às partes e nem dilação probatória.

IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE A RÉ POSSUI CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS – ALEGAÇÃO DE QUE A RÉ É ASSISTIDA POR ADVOGADO PARTICULAR QUE NÃO É SUFICIENTE – PEDIDO REJEITADO.

A justiça gratuita, após a vigência do NCPC, passou a ser regulamentada também pelo referido diploma, devendo-se considerar, ainda, a parte vigente da Lei nº. 1060/1950 (art. 1072, III, do CPC/15). Pelo disposto nas referidas legislações, se não houver comprovação de que a parte tem condições financeiras de arcar com as despesas processuais, o benefício deve ser mantido.

Recurso do autor conhecido e improvido.

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DA REQUERIDA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FATO COMETIDO VIA E-MAIL ENCAMINHADO A TERCEIRO QUE NÃO O PRÓPRIO AUTOR - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL – OFENSAS ENVIADAS VIA *E-MAIL* – LOCAL ONDE HOUVE MAIOR REPERCUSSÃO QUE DEVE SER HAVIDO COMO JUÍZO COMPETENTE – DOMICÍLIO DO AUTOR – PRELIMINAR REJEITADA.

Em se tratando de ação indenizatória fundada em ofensas proferidas pela *internet,* via *e-mail*, deve-se fixar a competência no local em que houve a maior repercussão do fato ofensivo, qual seja, presumidamente, o lugar onde reside o ofendido. Ademais, registre-se que se as ofensas proferidas possuem caráter injurioso/calunioso (imputação da prática do crime de estelionato), aplica-se, também, a regra contida no art. 53, V do NCPC[1].

Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES – CAUSA QUE PERMITE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA – PRELIMINAR REJEITADA.

O cerceamento de defesa, quando existente, é hipótese de nulidade absoluta, por decorrer da violação de norma cogente, que tutela interesse indisponível da parte ou do próprio Estado-jurisdição, e, por sua vez, só se opera quando há prejuízo às partes. Não demonstrado o prejuízo, atento ao previsto no art. 370 do NCPC, não deve ser a preliminar acolhida.

APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS – ATO COMETIDO POR E-MAIL ENVIADO A TERCEIROS QUE NÃO O PRÓPRIO AUTOR – APONTAMENTO DE FATO SUPOSTAMENTE HAVIDO COMO CRIME – FATO INEXISTENTE – ABUSO NO DIREITO DE PROMOVER COBRANÇA DE VERBAS QUE SÃO DEVIDAS MAS QUE DEVERIAM OCORRER PELA VIA PRÓPRIA E ADEQUADA, SEM EXCESSOS – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO, NO PONTO, IMPROVIDO.

Configura dano moral o ato da ré de mostrar sua irresignação frente à falta de pagamento de verbas a que fazia jus por ter laborado para o autor mediante o encaminhamento de *e-mail* para escritório de advocacia que havia promovido a contratação do autor - e este sub contratando a ré – para a realização de serviços de advocacia, ali dizendo que iria representar contra o autor por crime de estelionato, quando o direito da ré haveria o de ser, apenas, de comunicar o fato àquele escritório, para conhecimento, e se utilizar dos meios jurídicos adequados para obter a satisfação de seu direito, mediante o ajuizamento da respectiva ação de cobrança, persistindo a negativa do autor de efetuar-lhe o pagamento devido.

Havendo terceiros tomado conhecimento do *e-mail* com tal conteúdo, a quem foi dirigido, configura-se o dano moral, passível de reparação civil.

DANO MORAL – *QUANTUM* – FIXAÇÃO QUE DEVE TOMAR EM CONSIDERAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMEIAM A CAUSA – AUTOR QUE DEU CAUSA À IRRESIGNAÇÃO DA RÉ, TAXANDO-A, INCLUSIVE, DE IGNORANTE – ATITUDE QUE INFLUENCIA DIRETAMENTE NA FIXAÇÃO DO DANO MORAL – VALOR FIXADO EM SENTENÇA QUE, A DESPEITO DE SER MÓDICO, É PASSÍVEL DE DIMINUIÇÃO PARA BEM ATENDER, NA ESPÉCIE, AOS FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO CIVIL – RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO PARA MINORAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO E, CONSEQUENTEMENTE TAMBÉM, DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SÃO MANTIDOS NO PERCENTUAL FIXADO NA SENTENÇA (10%) A INCIDIR SOBRE O NOVO VALOR DA CONDENAÇÃO.

Por um critério de razoabilidade, deve a indenização pelo dano moral ser fixada tendo em vista os transtornos gerados e a capacidade econômica do réu, atendendo aos objetivos da reparação

1 Art. 53. V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva, bem assim como a própria conduta do ofendido que, no caso, deu ensejo à irresignação da ré contra o fato de que o autor protelava o pagamento de honorários advocatícios que eram devidos à ré, taxando-a, inclusive, nas conversas de *whatss app* entre eles mantidos, de ignorante.

Embora módico o valor fixado na r. sentença, de R$ 3.000,00, esse valor pode ser reduzido se se constatar, como no caso, que o autor também contribuiu decisivamente para a eclosão do evento lesivo, de tal forma que se a conduta da ré não se justifica em encaminhar e-mail para o escritório de advocacia do qual o autor era associado na prestação de serviços advocatícios no interior do estado, sub contratados à ré, dizendo que iria representar contra o autor por crime de estelionato, a conduta daquele, de igual forma, não se justifica em não dar razões plausíveis para o atraso no pagamento de honorários devidos à ré, esquivando-se de seus telefonemas e mensagens e, outrossim, deixando de efetuar o depósito dos valores devidos nas oportunidades em que disse que o pagamento seria efetuado.

Quem contribui para o ocasionamento do dano deve suportar também os efeitos de seus atos, de tal forma que o valor indenizatório fixado na r. sentença, em face dessas especiais circunstâncias, permitem a minoração do valor do dano moral, reduzidos para R$ 1.500,00, assim como o percentual dos honorários advocatícios, mantidos em 10/%, mas a incidir sobre o novo valor condenatório, atualizado.

RECURSO DA RÉ – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – A MÁ-FÉ NÃO SE PRESUME E DEVE SER COMPROVADA – RECURSO IMPROVIDO NO PONTO.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a má-fé não se presume, devendo ser provada por quem a alegou, eis que a boa-fé se presume.

Não evidenciada a má-fé do autor, que usou de uma prerrogativa que o ordenamento lhe coloca à disposição, de buscar a tutela jurisdicional por lesão que entende ter ocorrido em seu direito, não se há de promover qualquer condenação com base em tal modo de proceder. De mais a mais, no processo e pelos atos processuais em si, não havendo provas nos autos de que o autor tenha agido com má-fé (hipóteses do art. 80 do NCPC), é descabida a aplicação de multa em seu desfavor.

RECURSO DA RÉ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEDE RECURSAL – RECURSO DO RÉU IMPROVIDO – RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O VALOR DOS DANOS MORAIS – NECESSIDADE DE VALORAÇÃO DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO ADVOGADO DA RÉ EM CONTRARRAZÕES AO RECURSO DO AUTOR E, DE IGUAL FORMA, EM SEU RECURSO PRÓPRIO – IMPOSIÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO NOVO CPC.

Se o recurso do autor é totalmente improvido e o da ré parcialmente provido, tem cabimento o arbitramento de honorários advocatícios em desfavor da ré, que contraarrazou o recurso do autor e ofertou o seu próprio, a que se deu parcial provimento para reduzir o valor dos danos morais, por força do que dispõe o artigo 85, §§ 1º e 11 do novo CPC, sob cuja égide a sentença foi publicada.

IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE DA JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O AUTOR POSSUI CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE ARCAR COM AS DESPESAS DO PROCESSO

A justiça gratuita, após a vigência do NCPC, passou a ser regulamentada também pelo referido diploma, devendo-se considerar, ainda, a parte vigente da Lei nº. 1060/1950 (art. 1072, III,

do CPC/15). Pelo disposto nas referidas legislações, se não houver comprovação de que a parte tem condições financeiras de arcar com as despesas processuais, o benefício deve ser mantido.

Recurso da ré. Preliminares rejeitadas. Mérito: parcial provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais e para fixar em seu favor honorários advocatícios em sede recursal.

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, negar provimento ao recurso de Cristiano Bueno do Prado e dar parcial provimento ao recurso de Juliana Nogueira, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Cristiano Bueno do Prado (autor) e Juliana Nogueira (ré) em face da sentença de fls. 88/97, proferida pela juíza da 2ª Vara da comarca de Fátima do Sul, Dra. Rosângela Alves de Lima Fávero, em que esta julgou procedente, em desfavor de Juliana, o pedido de indenização por danos morais formulado por Cristiano.

Em suas razões (fls. 101/113), o apelante/autor pugnou pela majoração do valor arbitrado em sentença a título de danos morais de R$ 3.000,00 (três mil reais) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), levando-se em conta a data da ocorrência do evento danoso.

Alega, ainda, que o benefício da justiça gratuita não poderia ter sido concedido à ré, pois esta é uma advogada representada por outro advogado nestes autos e não preenche os requisitos necessários à concessão da referida benesse.

Pugna, ao final, pela majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões da apelante/ré às fls. 139/143.

Em suas razões (fls. 116/135), a apelante/ré, por sua vez, pugna pela anulação da r. sentença, pelo cerceamento de defesa ao não permitir a produção de provas, à requerida, durante a instrução processual, em especial a prova testemunhal.

Alega, em caráter subsidiário, que o decisum merece reforma pois incorreu em erro ao rejeitar a exceção de incompetência territorial arguida, afirmando, para tanto, que o juízo das comarcas de Eldorado-MS ou de Campo Grande-MS seriam os competentes para o presente julgamento, com base no art. 53, IV, alínea "a" do NCPC.

Sustenta, também, que o benefício da justiça gratuita não poderia ter sido concedido ao autor, pois este é um advogado atuante em mais de trezentos feitos somente no TJ-MS e não preenche, assim, os requisitos necessários à concessão da referida benesse, na forma do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

No mérito, alega que inexistiu dano moral indenizável, vez que teria agido em seu legítimo direito de cobrar os valores que lhes eram devidos, sob pena de serem tomadas as medida judiciais cabíveis contra o apelado, e que em momento algum feriu a honra desse. Caso superada essa tese, pede, em caráter eventual, que o valor arbitrado a título de danos morais seja minorado de R$3.000,00 (três mil reais) para no máximo R$500,00 (quinhentos reais).

Pugna, ainda, pela condenação do recorrido em litigância de má-fé, vez que toda a ação foi baseada em fatos fantasiosos e com diversas alterações da verdade dos fatos.

Decorreu sem que houvesse manifestação o prazo do apelante/autor para apresentar contrarrazões, conforme certidão de fl. 146.

VOTO

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

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, e a sentença foi publicada em 24/06/2016 (fl. 98), ou seja, já sob a égide do novel diploma, de sorte que este deve reger o julgamento do presente recurso.

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[2] do NCPC, o d. juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Cristiano Bueno do Prado (autor) e Juliana Nogueira (ré) em face da sentença de fls. 88/97, proferida pela juíza da 2ª Vara da comarca de Fátima do Sul, Dra. Rosângela Alves de Lima Fávero, em que esta julgou procedente, em desfavor de Juliana, o pedido de indenização por danos morais formulado por Cristiano.

O apelante/autor ingressou com a presente ação (fls. 1/10) a fim de requerer a condenação da ré ao pagamento de danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Segundo restou apurado, autor e ré são advogados, sendo que era praxe do autor contratar a ré para realizar audiências judiciais em seu lugar, quando não pudesse nelas comparecer devido a compromissos em outras comarcas. Ocorre que a ré passou a enviar e-mails ao autor, a fim de cobrar o pagamento pelos serviços prestados; e foi em razão desses e-mails que o requerente ingressou com a presente ação.

A ré apresentou contestação às fls. 24/39, em que arguiu exceção de competência territorial, impugnou o benefício de justiça gratuita concedido ao autor à fl. 20 e, no mérito, alegou a improcedência dos pedidos iniciais; em caráter subsidiário, requereu o arbitramento dos danos morais em no máximo R$500,00 e, por fim, pediu a condenação do autor à multa por litigância de má-fé.

2 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

O I. Magistrado sentenciante julgou antecipadamente o mérito, às fls. 88/97, entendendo pela procedência dos pedidos iniciais, pelo que condenou a ré ao pagamento de danos morais no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Irresignados os apelantes interpuseram os presentes recursos de apelação. O autor, com a finalidade principal de ver o *quantum* fixado a título de danos morais majorado para R$20.000,00 (vinte mil reais), e a ré, de obter a declaração de improcedência dos pedidos iniciais. Foram realizados pelas partes outros pedidos, já trazidos no relatório.

Passo, então, à análise das matérias devolvidas a este Tribunal.

Da exceção de incompetência territorial

Acerca da competência territorial em ações de reparação de dano, como a presente, o NCPC, no art. 53, IV, alínea "a", dispõe que o foro competente para a referida ação é o do local do ato ou fato.

Como bem asseverou o juízo *a quo* (fl. 90), *"o art. 53, iv, "a", do CPC, determina-se* (sic) *que o foro competente será do lugar do ato ou fato que gerou o dano (forum commissi delicti), sendo que esta regra tem a presunção de que a instrução será facilitada se o processo tiver seu trâmite no lugar em que ocorreu o ato ou fato gerador do dano."*

In casu, o dano que se pretende reparar foi gerado pelos correios eletrônicos de fls. 14/18, que teriam ferido a honra do autor.

Como se sabe, *e-mails* podem ser lidos em qualquer lugar, não sendo possível precisar o local exato em que ocorreu o dano.

A ré requer, contudo, o reconhecimento da incompetência do juízo da comarca de Fátima do Sul, afirmando, para tanto, que seria competente o juízo da comarca de Eldorado, visto que os referidos e-mails teriam sido enviados desta cidade.

Subsidiariamente, aponta como competente também o foro de Campo Grande, por ter sido o local onde houve repercussão do fato, já que os *e-mails* foram encaminhados ao escritório de Advocacia E. B., do qual o autor era representante jurídico.

Entendo, entretanto, que a comarca de Fátima do Sul é competente para este julgamento, não merecendo reforma a sentença vergastada. Vejamos:

O autor, como se sabe, era, à época dos fatos, residente na comarca de Fátima do Sul (fl. 14). Alegou, ainda, ser vítima de injúria/calúnia, já que a ré teria lhe imputado a prática do crime de estelionato.

Sem adentrar no mérito, é possível perceber que é plenamente aplicável à hipótese o disposto no art. 53, IV, a do NCPC[3]. A questão é delimitar o local do ato ou fato.

Nesse contexto, em se tratando de ação indenizatória fundada em ofensas proferidas pela internet, deve-se fixar a competência no local em que houve a repercussão dos fatos; vale dizer, mesmo assim, que é impossível delimitar a abrangência da repercussão do fato ofensivo, em razão do alcance global que a internet possui. Portanto, em casos como o presente, a competência deve ser firmada no local onde ocorreu a maior repercussão do fato ofensivo, qual seja, presumidamente, o lugar onde reside o ofendido.

3 Art. 53. É competente o foro: - do lugar do ato ou fato para a ação: a) de reparação de dano;

> *"A propósito, "RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - INFORMAÇÕES DIVULGADAS POR MEIO ELETRÔNICO - FORO COMPETENTE - LOCAL DE MAIOR REPERCUSSÃO - RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO."* (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº - PE 2010/0053158-6).

Ademais, registre-se que as ofensas proferidas pela ré ao autor possuem caráter injurioso/calunioso (imputação da prática do crime de estelionato), pelo que é aplicável, também, a regra contida no art. 53, V do NCPC[4].

Tem-se construído o mesmo raciocínio em casos semelhantes na jurisprudência pátria:

> *"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A EXCEÇÃO. AÇÃO PROPOSTA NO DOMICÍLIO DO AUTOR.PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA A COMPETÊNCIA DO FORO ONDE O RÉU RESIDE. OFENSAS PROFERIDAS POR E-MAIL. COMPETÊNCIA FIRMADA NO LOCAL ONDE OCORREU A MAIOR REPERCUSSÃO DO FATO OFENSIVO.ART. 100, V, A, DO CPC. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE O AUTOR RESIDE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."*[5]

Posto isso, afasto a preliminar de incompetência do foro da comarca de Fátima do Sul.

Do cerceamento de defesa

A ré apelante arguiu preliminar de cerceamento de defesa, alegando que malgrado tenha requerido expressamente a ampla produção de provas, em especial, de prova testemunhal (fls. 39), não teve seu pedido apreciado pelo juízo *a quo* durante a instrução probatória.

O cerceamento de defesa, quando existente, é hipótese de nulidade absoluta, por decorrer da violação de norma cogente, que tutela interesse indisponível da parte ou do próprio Estado-jurisdição,[6] e, por sua vez, só se opera quando há prejuízo às partes.

Veja-se:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. ART. 11 DA LEI 8.429/92. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. (...) III. No que tange ao alegado cerceamento de defesa, a parte agravante, além de não impugnar, especificamente, o fundamento do acórdão recorrido - atraindo, quanto ao cerne do inconformismo, o óbice da Súmula 283 do STF, por analogia -, também não declinou qualquer prejuízo concreto eventualmente sofrido, que justifique a declaração de nulidade, mormente em razão da inércia do agravante em especificar as provas a serem produzidas, por ocasião da contestação, bem como em razão da ausência de qualquer prejuízo pela falta de intimação da sentença, uma vez que foi interposta a apelação, pelo ora agravante. IV. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, "'não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual Civil, em que impera a busca pela prestação jurisdicional célere e eficaz, a declaração de nulidade de ato processual sem que tenha havido comprovação da necessidade de seu refazimento,*

4 Art. 53. V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

5 TJPR - 10ª C.Cível - AI - 1433389-6 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Guilherme Freire de Barros Teixeira - Unânime - J. 17.12.2015.

6 WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, volume I. 14ª edição rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 264.

> *diante da existência de vício de natureza processual"* (EREsp 1121718/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 18/04/2012, DJe 01/08/2012)" (STJ, AgRg no AREsp 747.792/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18/11/2015).[...].[7]

In casu, verifico que o alegado cerceamento de defesa, consubstanciado em não ser oportunizada a produção de prova testemunhal não ocorreu, pois não se comprovou prejuízo **à** parte.

Em outras palavras, ainda que fosse oportunizada a produção de outras provas e, em especial, da prova testemunhal, o processo se encontraria no mesmo estado em que se encontra, pois as provas necessárias ao resultado final foram suficientemente produzidas, tratando-se todas de provas documentais que dispensam a produção de outras provas.

Noutro vértice, é certo que a determinação das provas que deveriam ter sido produzidas, conforme prelecionava o art. 370 do NCPC, aplicável à espécie, caberiam ao juiz. Veja-se:

> *"Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito."*

E as provas entendidas como necessárias à solução da lide foram produzidas, pelo que se observou o contraditório e a ampla defesa. Isso porque a apelante não motivou a necessidade de prova testemunhal ou outra espécie de prova ao juízo singular, e este, por conseguinte, as reputou inúteis à instrução do processo, assim como este juízo *ad quem*.

Não basta mero requerimento de prova pericial. Há de se demonstrar sua necessidade e o fim exatamente objetivado pela parte com sua produção, de tal sorte que não ocorre cerceamento de defesa se o juiz julga antecipadamente a lide, com base nas provas documentais carreadas aos autos, que são suficientes para formação de sua convicção.

Então, como se verá mais detalhadamente no mérito, todas as provas apontaram para a conduta da ré de se exceder uma dívida ao cobrar o autor, ferindo-lhe a honra.

Assim, enfrentada e rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, passo à análise da exceção de incompetência territorial e, em seguida, do mérito.

Do dano moral

O autor ingressou com a presente ação alegando em sua inicial, que:

> *"O Requerente é advogado na cidade de Fátima do Sul MS, com escritório na cidade local, mas também presta serviços advocatícios em outras cidades do estado para outros escritórios de advocacia.*
>
> *Ocorre Excelência, que muitas vezes o requerente teve que contratar outros advogados para a realização de audiências na região e em outros lugares do estado em nome do escritório Ernesto Borges, para cumprir com as diligências requisitadas, por isso, por algumas vezes o autor contratou requerida.*
>
> *Porém, após algum tempo da realização de tais serviços jurídicos, a parte autora começou a receber e-mails ofensivos da requerida. Tanto que, em determinada ocasião, a requerida enviou e-mail para o autor e outros advogados, relatando que havia entrado em contato com o escritório Ernesto Borges e que este já havia pagado o autor, que supostamente estava se desvencilhando de adimplir sua obrigação para com a requerida, o que não é verdade Excelência, conforme documentos em anexo.*

7 STJ - AgRg no AREsp 612400 / MG - 2014/0292854-0 – Ministra Aussete Guimarães – DJe: 21/06/2016.

Veja bem Excelência, em anexo estão nas telas dos e-mails recebidos pelo autor do escritório Ernesto Borges, que explicitamente afirma que o pagamento dos serviços realizados pelo autor serão quitados até a data de 25/02/2016.

Dessa maneira, não tem razão a requerida, muito menos pelo fato de caluniar o autor, como se estelionatário fosse, como bem afirmou nos e-mails arrolados na presente demanda.

Como anteriormente mencionado, o autor atua como correspondente jurídico de vários escritórios de advocacia, estando vinculado ao pagamento a ele remetido por tais escritórios, para então, repassar os valores devidos aos advogados prestadores de serviços, como por exemplo, a requerida, não se tratando de um estelionatário como fora referido no e-mail enviado.

Dessa maneira Excelência, a requerida ofendeu a honra, a imagem, a profissão, o íntimo do autor por tantas ofensas a ele destinadas esmo que em todas as oportunidades o autor tendo relatado exaustivamente à requerida que estava esperando receber os serviços prestados para lhe passar o valor devido, o que não aconteceu até o presente momento.

Transtornado com toda a situação, o requerente não viu alternativa, senão intentar com a presente demanda."

Ao contestar, a ré afirmou:

Como dito na inicial, o requerente é advogado na cidade de Fátima do Sul - MS, e possui diversos contratos de correspondente jurídico com vários escritórios de advocacia para realização de audiência e demais diligências.

Devido ao grande número de serviço recebido pelo requerente, inclusive para realização de diligência em cidade diversa da que possui domicílio profissional, este contrata outros advogados, como é o caso da requerida, e, mensalmente, após o envio de relatório, faz o pagamento do mês anterior.

Importante esclarecer que, em nenhum momento ficou vinculado que o requerente somente faria os pagamentos após receber do escritório que lhe contrata.

Pois bem.

Após a requerida ter prestado os serviços advocatícios ao requerente no mês de dezembro de 2015, esta lhe encaminhou o relatório mensal das diligencias que realizara, mais especificamente no dia 28.12.2015, visando receber o pagamento no início do mês de janeiro de 2016, da mesma forma que sempre foi feito.

Porém, os dias foram passando e o requerente deixava de realizar os pagamentos que eram devidos a requerida, deixando de atender as ligações desta, de responder seus e-mails e de responder as mensagens que lhe eram encaminhadas, tudo conforme faz prova os e-mails encaminhados ao autor, as mensagens através do aplicativo de celular Whatsapp (mensagens envidas nos dias 08, 11 e 12 de janeiro). (Documentos anexos)

Temendo não receber o pagamento por todo o trabalho prestado no mês de dezembro de 2015, a requerente no dia 12 de janeiro de 2016, enviou ao requerente a seguinte mensagem de texto pelo telefone celular:

É muita falta de consideração de sua parte, saber que estou te ligando e não me atender. Estar online no Whatsapp e não visualizar minhas msgs. Quando precisou de mim, te atendi prontamente e agora foge de me dar um retorno. Vou entrar em contato com o escritório que vc representa e explicar o que está acontecendo, tenho as atas que comprovam que fiz o trabalho. Vou pedir para me direcionarem os pagamentos.

Prefere assim? Ou quer que eu peticione em cada processo requerendo minha habilitação e arbitramento de honorários?

Somente após esta mensagem de texto, que de ofensiva não tem nada,

vez que a requerida apenas estava cobrando o que lhe era devido, o requerente entrou em contato com a mesma, e de forma grosseira, disse que esta fizesse o que bem entendesse e que iria paga-la naquele mesmo dia.

Feito o contato com o escritório Ernesto Borges, no dia 21 de janeiro de 2016, ou seja, após 09 (dias) de cobranças amigáveis com o requerente, a requerida foi surpreendida com a notícia que o autor havia sido descredenciado do serviço de correspondência com aquele escritório, desde o dia 12 de janeiro de 2016, conforme documentos anexos, fato este que fez com que a ora contestante temesse não mais receber os valores que lhe eram devidos.

Foi então que a requerida encaminhou e-mail ao Escritório Ernesto Borges, com cópia para o requerente, para que estes quitassem os valores que lhe eram devidos, sob pena de serem tomadas as medidas legais cabíveis, inclusive com a possibilidade de representação criminal.

Frise-se que, em nenhum momento a requerida acusou o requerente de ser estelionatário ou imputou qualquer tipo de crime a este, esta apenas o notificou e ao Escritório Ernesto Borges, que se não fosse feito o pagamento dos valores que lhe eram devidos iria tomar as medidas judiciais cabíveis.

Na petição inicial o requerente alega que foi vítima do crime de calúnia praticado pela requerida, fato este totalmente inverídico.

É patente que em momento nenhum a requerida caluniou ou ofendeu o requerente, sendo certo que inexiste dever desta indeniza-lo, pelo que a presente ação deve ser julgada improcedente.

Estes são os fatos como realmente ocorreram. (fls. 24/39)*".*

A douta magistrada de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou a ré a pagar danos morais, que fixou em R$ 3.000,00 (três mil reais), sob a seguinte fundamentação:

"(...) Não restam dúvidas que a parte requerida prestou serviços ao requerente no mês de dezembro de 2015 e empreendeu diligências para receber seu crédito, tendo este entendido que foi ofendido em sua honra e imagem quando a requerida informou diretamente ao escritório correspondente a ausência de pagamento e afirmou que iria representá-lo pela prática de estelionato.

Pelos documentos juntados pelas partes, resta claro que houve desentendimento no acerto entre as partes em razão da parte requerida cobrar por um serviço prestado ao requerente e que não foi pago no tempo esperado.

Este desentendimento resta evidenciado pelas mensagens de celulares trocadas entre ambas as partes e percebe-se ofensas recíprocas, sendo que uma mensagem de e-mail foi encaminhada para o escritório Ernesto Borges, para o requerente e também para um terceiro destinatário.

Nas mensagens por celular, no dia 12/01/2016 verifica-se a insistência da parte requerida em receber seu crédito e o requerente apenas retorna-lhe a mensagem quando a requerida diz que irá comunicar o escritório contratante do serviço ou, então, que irá requerer a habilitação no processo em que atuou com pedido de arbitramento de honorários (f. 47).

Logo a seguir, o requerente atribui à requerida a condição de "ser ignorante" com ele e que estaria fazendo "ameaças", sendo que prosseguem os contatos e a requerida continua cobrando o pagamento de seu serviço e o requerente promete fazer o pagamento, mas não o realiza (f. 45/56).

*Com efeito, pelo que consta das mensagens, o requerido assumiu o compromisso de pagar a parte requerida no dia 12/01/2016 (f. 47, 52). No dia 13/01/2016 a parte requerida informou que não havia pagamento em sua conta bancária e o requerente pediu que aguardasse sem informar a data para o pagamento (f. 52). No dia 15/01/2016, a requerida informou novamente que não havia pagamento e o requerente informou que na segunda (pelo calendário seria no dia 18/01/2016) faria o pagamento (f. 53). No dia 19/01/2016 a requerida novamente cobrou o depósito e justificou dizendo que precisava do dinheiro e o requerente afirmou que pagaria no dia 20/01/2016 (f. 54). Ao que consta, embora não possa ver o dia, não houve o pagamento nos próximos dias, não havendo resposta do requerente para a requerida nas mensagens de telefone (*f. 55/56).

Dos e-mails juntados, constata-se que o escritório Ernesto Borges fazia pagamentos ao requerente conforme este lhe enviasse os relatórios dos serviços prestados. Consta que o referido escritório faria um pagamento, ao requerente, no dia 25/02/2016, havendo um distrato entre o requerente e o escritório pendente de assinatura (f. 17, 60/68).

*O rompimento do contrato entre o referido escritório e o requerente teria sido informado a este em 12/01/2016, sendo que perdurou as tratativas a respeito da quitação de valores pendentes de pagamento (*f. 69/70).

No e-mail do dia 21/01/2016, a parte requerida comunicou o escritório Ernesto Borges, bem como o requerente, além de terceira pessoa intitulada "correspondente", que o requerido estava "se esquivando de suas responsabilidades ... chegou a mentir que estava viajando ... me chamou de ignorante ... o mesmo não presta mais serviços ao escritório ... os repasses de pagamento já foram realizados ao mesmo, ou seja, ele está se locupletando do direito alheio ... caso o pagamento não seja realizado até sexta-feira, vou representar o Dr. Cristiano, por estelionato, sem prejuízo das demais medidas cabíveis" (f. 16).

uerida atribuiu ao requerente a condição de estelionatário, muito embora é bem possível que a situação, somente em tese, poderia enquadrar-se como apropriação indébita e jamais como estelionato.

De qualquer forma, verifica-se que o requerente ainda tinha pendências com o escritório Ernesto Borges, como se verifica dos documentos de f.17, 60/68, cujos pagamentos tinham data prevista para serem realizados em 25/02/2016.

Portanto, apresenta-se desprovida a argumentação da parte requerida, no e-mail de f. 16, em afirmar que o requerente já havia recebido todos os valores contratados com o escritório em referência.

Entende-se que a parte requerida, ao pretender receber seu crédito, poderia ter ajuizado a ação de cobrança ao invés de atribuir indevidamente ao requerente a conduta de praticar "estelionato" quando, na verdade, o desentendimento entre as partes não se enquadraria como crime de estelionato.

Não há dúvida que receber o nome de estelionatário, principalmente quando levado ao conhecimento de terceira pessoa como é o caso dos autos (f. 16), causa constrangimento que extrapola aqueles aborrecimentos próprios da vida cotidiana.

Dessa forma, inegável é o dano à honra e imagem do requerente que se trata de advogado cuja imagem deve ser preservada até mesmo para propiciar e manter a confiança de seus assistidos.

> *É bem verdade que o requerente chamou a requerida, antes de ser chamado de estelionatário, de " ignorante" e que prometia-lhe fazer o pagamento devido e não cumpria suas promessas, sendo que, ao final, não respondeu às mensagens da requerida (f. 55/56). Esta situação que revela a conduta inadequada do requerente também deverá ser considerada para o fim de fixar o quantum da indenização.*
>
> *Portanto, identificada a conduta de ambas as partes para o desenrolar dos fatos, dessume-se que a parte requerida agiu ilicitamente ao atribuir a terceira pessoa seu entendimento de que o requerido praticou "estelionato", o que certamente não se ajusta aos fatos vistos.*
>
> *Sendo assim, havendo a atribuição indevida de fato criminoso ao requerente, impõe-se à requerida o dever de reparar o dano, cujo montante será fixado levando em conta também a conduta da parte requerente como antes esclarecida.*
>
> *Dessa feita, estão presentes os pressupostos legais para a reparação do dano consistentes na conduta, nexo de causalidade e o dano causado à parte requerente que teve atribuída a seu nome a conduta criminosa de estelionato, fato levado ao conhecimento de terceira pessoa por e-mail de f. 16."*

No caso em tela, infere-se que o autor é contratado por escritórios de advocacia para realizar audiências, tendo contratado a ré para auxiliar neste trabalho. O desentendimento das partes envolveu o escritório E. B., que teria contratado o autor para tais serviços.

É de se ver que a ré excedeu-se nos limites de cobrar o valor devido pelo autor, o que fez, depois, de forma vexatória. Não se discute aqui a existência ou não da dívida por parte deste, mas sim a forma utilizada pela ré para realizar a cobrança.

Nesse sentido, é certo que receber o nome de estelionatário, e levar isso a terceiros, como *in casu* (fl. 16), configura dano moral, não se tratando, assim, de mero aborrecimento, como foi bem exposto na r. sentença.

Ressalta-se, também, que a requerida poderia ter ajuizado ação de cobrança ao invés de atribuir indevidamente ao autor a conduta de praticar estelionato (mentir que estava viajando – fl. 16).

Entende-se, até, a revolta da ré.

Fez ela diversos contatos via *whatss app,* reproduzidos na contestação, e sempre recebeu o esquivamento do autor em dar-lhe uma concretude quanto ao pagamento que lhe era devido. Esse fato, o fato de o autor se esquivar do pagamento, sob diversas alegações, causa realmente revolta no espírito de quem é o credor. Mas essa situação não justifica que o credor possa ultrapassar os limites normais das relações negociais pelo que a ré não poderia encaminhar o e-mail que encaminhou ao escritório onde o autor seria um dos contratados para prestar serviços no interior do Estado (e este subcontratou a ré), mostrando essa revolta mas, ao mesmo tempo, extrapolando o seu direito de informar que não havia até então recebido do autor, dizendo que iria representar contra ele por estelionato.

Esse e-mail, encaminhado a terceiros, como bem se reconheceu na sentença, é a peça ensejadora do ato ilícito perpetrado pela ré, que a obriga a indenizar por danos morais, ao teor do disposto nos artigos 186 e 927 do CC de 2002. Até entendo a irresignação e revolta da ré, diante do descaso com que vinha sendo tratado pelo autor – e as conversas de whatss app bem demonstram isso, eis que tinha contas a pagar também e dependia dos valores a serem recebidos de todos os seus devedores, inclusive o autor, que vinha – ao que parece – esquivando-se mesmo do pagamento.

O autor deveria ter deixado claro que não tinha recebido ainda os valores do escritório pelo qual foi contratado, colocando-se inclusive à disposição para, em conjunto, pleitearem esse pagamento àquele escritório e assim não agiu. Chegou a chamar a ré, inclusive, de ignorante, fato que certamente a motivou a enviar o e-mail para aquele escritório, mostrando sua revolta mas, como afirmei, extrapolando o mero direito de relatar os fatos e aferir se pagamento já houvera ocorrido por aquele escritório, ao autor.

Infelizmente, como afirmei, extrapolou os limites e perante terceiros deu a entender que o autor estaria praticando um ato de estelionato (quando nem mesmo essa figura penal está presente na espécie), ao invés, de simplesmente, ajuizar sua ação de cobrança, tendo como suporte jurídico o contrato mantido com o autor.

Daí o dever de indenizar, como foi assentado na r. sentença.

Do *quantum* do dano moral

Fixada a responsabilidade da ré, então, pelo dano moral, passo ao arbitramento de seu *quantum*, cuja análise foi devolvida ao juízo *ad quem* por ambas as partes.

O dano moral, no ordenamento jurídico brasileiro, segue, até hoje, a teoria clássica do binômio: ato ilícito + dano = responsabilidade de indenizar.[8]

O ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC/02 ocorre por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito ou cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Ainda, de acordo com o art. 187 do mesmo diploma legal, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sabe-se que a indenização por dano moral tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento de uma indenização irrisória, tampouco de valor excessivo ao ofensor. Entendo, nesse sentido, que o valor equivalente a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) pleiteado pelo autor é exorbitante, bem como o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) apontado pela ré é irrisório.

O nosso ordenamento jurídico, como se sabe, não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva, que deve obediência aos critérios adotados pela jurisprudência e doutrina, levando em consideração os aspectos factuais do caso concreto.

Maria Helena Diniz[9] a respeito da quantificação do dano moral, nos ensina:

> *"(...) A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função:*
>
> *a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa - integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e*
>
> *b) satisfatória ou compensatória, pois como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada.*

8 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 173.

9 *In* **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Editora Saraiva. 7º. Volume, pág. 79-80.

> *Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento".*

Todavia, sabe-se que não existem parâmetros definidos em lei para estabelecer seu *quantum*. O caso concreto é quem fornecerá ao julgador os elementos necessários para delinear o valor a ser pago.

Na lição de Yussef Said Cahali[10]:

> *"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[11], mais uma vez, 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;*
>
> *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".*

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.

10 *In* Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.

11 *In* "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, São Paulo: 2001, pág. 1.030.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira[12], 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[13], ao tratar do arbitramento do dano moral, também 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, ainda e mais uma vez, a lição de Maria Helena Diniz[14]:

> *"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"*

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.

O caráter punitivo da condenação é justamente para evitar que se repitam casos semelhantes e que, por outro modo, tragam à vítima uma sensação de recompensa pelo acontecido.

O magistrado, em resumo, deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e as partes envolvidas, tomando-se a cautela de não proporcionar enriquecimento ilícito à vítima do dano, nem que leve à míngua o ofensor, sem olvidar, ainda, o seu caráter pedagógico.

Assim, levando em conta essas considerações, atento às peculiaridades do caso concreto, entendo que, em que pese a indenização ter sido fixada em R$ 3.000,00 (três mil reais), que é módica, deve ainda ser reduzida para metade, ou seja, R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), porque os fatos decorreram de um sentimento de injustiça de que a ré foi acometida, revelada sua indignação com o tratamento dado pelo autor pelas transcrições das conversas entre ambos mantida via *whattsapp*, em que foi chamada de ignorante pelo autor, o qual, outrossim, em diversas oportunidade esquivou-se de lhe atender nas ligações feitas por telefone, ou demora na resposta pelo próprio *whatssapp*, colocando-a em um limbo quanto à data

12 *In* **Responsabilidade Civil**, 4ª ed., 1993, p. 60.

13 **Programa de Responsabilidade Civil**, 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93.

14 **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89, V. 7.

em que o pagamento devido haveria de ser feito, isso depois de indicar pelo menos duas datas distintas e em nenhuma delas cumprir com sua palavra.

Esse sentimento de revolta de que foi cometida a autora, se bem que não justifica ter escrito depois o que escreveu no *e-mail* de fls. 16, dirigido a terceiros, certamente aponta para o fato de que assim o fez em um momento de desabafo e de demonstração de sua irresignação contra as atitudes do autor – injusta realmente, no que se refere ao fato de prometer fazer o depósito do valor devido e não honrar com o empenho da palavra dada – e a meu modo de ver é ensejador da possibilidade de diminuição do valor da indenização pelos danos morais, porque o autor decisivamente contribuiu para que a autora pudesse escrever o e-mail para o escritório E. B., embora não pudesse ser ali acoimado, também, de estelionatário, e exatamente por isso o dever de indenizar imposto à ré. Mas o valor, por esses fatos, não deve ser aquele fixado pelo douto juízo que, embora módico, ainda assim é elevado em face dos fatos que permeiam a causa, em tudo distintos dos fatos que esta Corte de Justiça está acostumada a julgar, fixando indenização em valores bem mais elevados.

Por estes motivos, dou provimento parcial ao recurso da ré para reduzir o valor da indenização para R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) e, consequentemente, o valor dos honorários advocatícios a ela impostos, que passa a incidir sobre o novo valor aqui arbitrado a título de danos morais.

Da litigância de má-fé

Em relação ao pedido da requerida de condenação do autor em litigância de má-fé, nos termos dos artigos 79 a 81 do NCPC, destaco que a boa-fé se presume e a má-fé se prova.

Ainda, nos termos com o art. 80 do NCPC, *"considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório."*

Não há nos autos qualquer comprovação de que o autor tenha incorrido em quaisquer das hipóteses elencadas pelo transcrito dispositivo legal. Assim, entendo que deve ser afastada a suscitada pena por litigância de má-fé.

Dos honorários advocatícios

Em primeiro lugar, trato dos honorários arbitrados na r. sentença, os quais, no entender do autor, merecem majoração para 20% sobre o valor da condenação.

Compulsando os autos e analisando o trabalho desenvolvido pelo patrono do autor, entendo que o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença deve ser mantido, já que levou-se em conta o zelo profissional, os atos processuais realizados, o tempo da prolação da sentença, a natureza e complexidade da demanda.

Ressalta-se, nesse sentido, que o processo foi julgado no estado em que se encontrava, não havendo grandes dificuldades para as partes. Além disso, a sentença foi proferida em menos de seis meses da propositura da ação.

Assim, mantenho os honorários advocatícios devidos ao autor em 10% sobre o valor da condenação, agora reduzido para R$ 1.500,00, provendo, nesse ponto também, o recurso da ré e improvendo o do autor.

Do benefício de justiça gratuita

A justiça gratuita, após a vigência do NCPC, passou a ser regulamentada também pelo referido diploma, de sorte que dele lanço mão para o presente julgamento, bem como da parte ainda vigente da Lei nº. 1060/1950[15].

Os benefícios de assistência judiciária gratuita concedidos às partes merecem manutenção. O autor apresentou declaração de hipossuficiência às fls. 13, e a ré à fl. 41. A gratuidade da justiça foi deferida à fl. 20 para o autor e na sentença, à fl. 97 para a ré.

O autor impugna a concessão do referido benefício, e afirma, para tanto, que a ré não está em situação de hipossuficiência. A ré afirma o mesmo em relação ao autor.

Contudo, o autor sequer comprovou que a ré possui condições financeiras para arcar com as custas processuais, nem a ré o fez. Ressalta-se que os documentos juntados pela ré às fls. 136/138 não foram considerados para este julgamento, visto que são documentos que poderiam ter sido anexado aos autos ainda na fase da instrução probatória. Nesse sentido:

> *"(...) A regra inserta no art. 396 do CPC/1973[16], dispõe que incumbe à parte instruir a inicial ou a contestação com os documentos que forem necessários para provar o direito alegado, somente pode ser excepcionada se, após o ajuizamento da ação, surgirem documentos novos, ou seja, decorrentes de fatos supervenientes ou que somente tenham sido conhecidos pela parte em momento posterior (CPC/1973, art. 397), o que na espécie, não ocorreu. Precedentes.(...)"*[17]

Ainda, como bem asseverou o I. Magistrado (fl. 91), *"é certo que ambas as partes são jovens com curta carreira na profissão, presumindo-se a escassez de recursos de ambos para fazerem frente às despesas do processo."*

Ademais, é certo que o fato de a ré estar assistida nestes autos por advogado, não obsta, por si só, a concessão do referido benefício.

Assim, não vejo razão para revogar a concessão da gratuidade da justiça às partes, motivo pelo qual nego provimento a esse pedido em desfavor dos dois recorrentes.

Dos Honorários advocatícios em sede recursal

A r.sentença foi publicada sob a égide no Novo Código de Processo Civil, este é o diploma aplicável à espécie.

E, de acordo com o novel § 11 do art. 85, o Tribunal, ao julgar o recurso, deverá majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, tendo em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Não resta dúvida, conforme ensina a doutrina[18], que a nova regra é justa, na medida em que remunera o trabalho adicional do advogado, que não foi considerado na sentença. É, pois, evidente que um processo cuja sentença transita em julgado sem interposição de apelação dá muito menos trabalho do que aquele que chega aos Tribunais Superiores, através de sucessivos recursos.

Ademais, a nova regra também possui por escopo servir de desestímulo à interposição de recursos protelatórios, já que haverá um custo a mais à parte que sucumbiu. Pois bem.

---

15 L. 1.060/1950 não foi totalmente revogada. Conforme art. 1.072, III do NCPC, ficam revogados "os arts. 2º, 3º, 4º,*caput* e §§ 1º a 3º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950".

16 Art. 435, *caput*, do NCPC – Correspondente*: "Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.»*

17 STJ - AgInt no AREsp 939699 / SP - Ministro Luis Felipe Salomão – 4ª Turma – julgamento em: 23/08/2016.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processul Civil. 8ª edição. p. 270.

In casu, ante o total improvimento do recurso do autor, que pretendia a majoração do dano moral e a elevação dos honorários advocatícios, torna-se imperiosa a fixação de honorários advocatícios recursais em prol do patrono da ré, tanto para remunerar o trabalho desempenhado nas contrarrazões quanto, também, o trabalho realizado em suas razões de apelo, a que está se dando parcial provimento. E, outrossim, o autor sequer se dignou a apresentar contrarrazões ao recurso de apelação interposto pela ré, conforme certidão de fl. 146; sendo que só a autora o fez, às fls. 139/143.

Assim, fixo os honorários recursais somente em favor do patrono da ré, como retribuição pelo trabalho realizado tanto no apelo quanto, também, nas contrarrazões.

Levando em conta dos critérios contidos no § 2º do art. 85 do NCPC (grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e a importância da causa; trabalho realizado e tempo exigido para o seu serviço), fixo os honorários recursais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (R$ 1.500,00), devidos em favor do patrono da ré apelante, a cujo recurso está se dando parcial provimento e, outrossim, negando provimento integral ao apelo do autor.

Dispositivo

Ex positis, conheço dos recursos de apelação interpostos por Cristiano Bueno do Prado e Juliana Nogueira.

Nego provimento ao recurso de Cristiano Bueno do Prado.

Quanto ao recurso da ré Juliana Nogueira, rejeito a preliminar de incompetência territorial, bem assim como a preliminar de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e, quanto ao mérito, dou-lhe parcial provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), sob cujo valor haverá de incidir a verba honorária fixada em primeiro grau (10%).

Por conseguinte, fixo apenas em favor da ré Juliana Nogueira, honorários recursais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (R$ 1.500,00 corrigidos), na forma do art. 85, §§2º e 11º do NCPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, negaram provimento ao recurso de Cristiano Bueno do Prado e deram parcial provimento ao recurso de Juliana Nogueira, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

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, 05 de outubro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407529-22.2016.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CABIMENTO PARA DISCUTIR A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO, AINDA QUE FORA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.

Doutrina e jurisprudência caminham para o entendimento de que a exceção de pré-executividade, quando versar sobre matéria de ordem pública, como a afeta ao excesso da execução, ainda que não oferecidos os embargos do devedor, deve ser conhecida pelo julgador.

Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento em face de João dos Santos de Souza, insurgindo-se contra a decisão de fls. 83/88 do douto juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que não conheceu a exceção de pré-executividade por ele apresentada.

Aduz o ora agravante que, após submeter ao setor de cálculos da procuradoria autarquia federal, apurou-se que os cálculos apresentados pelo agravado estão incorretos. Razão pela qual opos embargos à execução. Contudo, estes não foram recebidos pela M.M. Juíza de Direito, por terem sido equivocadamente protocolados nos próprios autos, quando deveria ter sido feito através de nova distribuição por dependência à execução.

Após, segundo ainda relata, interpôs exceção de pré-executividade, diante do manifesto excesso de execução no cálculo do agravado, sanável por cálculo aritmético, não necessitando de prova pericial, em outras palavras, independe de dilação probatória.

Discorre acerca da instrumentalidade das formas, argumentando que a decisão impugnada valeu-se de formalismo exagerado.

Frisa que há o interesse no pagamento dos valores devidos de acordo com os parâmetros estabelecidos na sentença, e para tanto, requer seja a decisão reformada, com o acolhimento da exceção de pré-executividade.

Pediu a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do presente recurso.

O agravo foi recebido às fls. 107-108 com efeito suspensivo.

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta ao presente recurso.

VOTO (EM 30.11.2016)

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

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de João dos Santos de Souza, insurgindo-se contra a decisão de fls. 83/88 do douto juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que não conheceu a exceção de pré-executividade por ele apresentada.

Eis o teor da decisão impugnada:

> *"Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, através de seu procuradora, interpõe Exceção de Pré Executividade através da qual alega, invariavelmente, a existência de excesso de execução, terminando por pedir a redução do valor da dívida exequenda para R$ 4.302,34 (quatro mil, trezentos e dois reis e trinta e quatro centavos). Junta documentos (fls. 63/80).*
>
> *É o Relato. Decido:-*
>
> *A exceção manejada pelo Executado não comporta deferimento.*
>
> *Segundo assente entendimento doutrinário e jurisprudencial, através da chamada exceção de pré-executividade é dado ao devedor, a qualquer tempo, dispensada a prévia segurança do juízo, argüir e provocar a manifestação do juiz sobre aquelas matérias que podem e devem ser por ele apreciadas e reconhecidas de ofício.*
>
> *Nesse norte, registro que a Exceção de Pré-executividade, segundo moderna e recente orientação doutrinária e jurisprudencial, não está restrita à veiculação das chamadas matérias de ordem pública, cognoscíveis ex officio, abrangendo também toda a matéria de defesa, desde que pré constituída a prova.*
>
> *Fredie Didier Júnior, Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira melhor esclarecem o tema:*
>
> *"A 'exceção de pré-executividade' surgiu para veicular alegações relacionadas à admissibilidade do procedimento executivo, questões que o órgão jurisdicional deveria conhecer ex officio, como a falta de pressupostos processuais e de condições da ação. A doutrina e a jurisprudência passaram, com o tempo, a aceitá-la, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem devendo o juiz dela conhecer de ofício, houvesse prova pré-constituída da alegação feita pelo executado. Na verdade, o que passou a servir de critério para a admissibilidade da exceção de pré-executividade foi a verificação da necessidade ou não de prova pré-constituída.[1]"*
>
> *Araken de Assis tem a mesma opinião:*

1 **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 5, Jus Podivm, 2009, p. 390.

"A atual amplitude do objeto da exceção, restrito tão-só no âmbito da cognição, abandonou sua função originária, relativa ao controle da pretensão a executar no plano dos pressupostos e das condições da ação. Por isso, eventuais vícios ocorridos no curso do procedimento executivo, a exemplo da nulidade da praça pela inadequação do preço (art. 692, caput), podem e devem ser alegados internamente ao processo executivo, apesar da existência de remédio próprio (na hipótese, embargos à arrematação: art. 746). O fundamento da iniciativa do executado abandona o altiplano constitucional, que, em princípio, a justifica, e se prende ao regime geral da alegação das invalidades. Em razão deste último pormenor, a possibilidade de o executado alegar a impenhorabilidade se subordina a outros princípios, como o da preclusão. Em última análise, o objeto da exceção de pré-executividade equivale ao dos embargos (arts. 741, 745 e 475-L). Por exemplo, cabe a alegação da inconstitucionalidade superveniente, hipótese cogitada no art. 741, parágrafo único, e no art. 475-L, § 1º".

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou sua jurisprudência a respeito do assunto:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 135 DO CTN. NÃO CABIMENTO DA VIA ELEITA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.104.900/ES). REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ACERCA DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Recurso especial no qual se pugna pela reforma de acórdão estadual que não admitiu exceção de pré-executividade tendente a afastar a legitimidade passiva de sócio ao fundamento de que as questões nela suscitadas, concernente à não configuração dos atos previstos no art. 135 do CTN, exigiriam dilação probatória. 2. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, decidiu "no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras" (REsp 1.104.900/ES, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 1.4.2009). 3. Revisar o entendimento da Corte local acerca da necessidade de dilação probatória exige análise nos elementos de prova (documentos) juntados pelo excipiente, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1202046/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 02/05/2011) [destaquei]

"Embora não haja previsão legal explícita, tolerando o órgão judiciário, por lapso, a ausência de algum pressuposto, é possível o executado requerer seu exame, quiçá promovendo a extinção da demanda executória, a partir do lapso de 24 hs. assinado pelo art. 652. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo juiz, independe de penhora, e, a fortiori, do oferecimento de embargos (art. 737, I)"[3].

Irretocável a definição traçada pelo eminente Des. Marco Antônio Cândia quando tratou da matéria:

"Não permanece atualmente nenhuma dúvida quanto à possibilidade de o devedor, sem o manejo dos embargos do devedor, voltar-se contra a execução através da conhecida exceção de pré-executividade. Todavia, é óbvio que a matéria ali discutida não pode ser aquela que dependa de prova, atividade própria dos embargos do devedor, mas somente

2 **Manual da Execução**, 11ª ed., RT, 2007, p. 1072.

3 ARAKEM DE ASSIS, **Manual do Processo de Execução**, Ed. RT, 3ª ed., p.426.

aquela cuja solução pode ser clara e facilmente captada pelo julgador, após uma breve dialética entre as partes. Quando a liquidez, certeza ou exigibilidade do titulo são bem aparentes e o título formalmente perfeito, a sua descaracterização só poderá ser obtida através dos embargos como processo de conhecimento que é."(Agravo de Instrumento nº 32.532-4, Fátima do Sul, Rel. Des. Marco Antônio Cândia, Terceira Turma Cível, Unânime, j. 17-2-1993, DJMS. 4-6-1993, p. 4).

Outrossim, deve-se ter em mente que a finalidade precípua do instituto da exceção de pré-executividade é permitir que o devedor provoque e faça ver ao juiz, através de simples petição no bojo da execução e independentemente de prévia segurança do juízo e da interposição de embargos, a ausência dos requisitos que dão validade ao processo de execução, em particular aqueles alencados pelo art. 618, do estatuto processual.

Continua o autor supra citado em sua obra: "Sucede que nem sempre a infração a pressuposto processual transparece na petição inicial, encontrando-se, ao invés, insinuada e bosquejada em sítio remoto do título, principalmente o extrajudicial, e negada no texto da peça vestibular".

É em ocasiões tais, nas quais o alegado pela parte não exige dilação probatória, podendo ser verificado de plano, que os nossos Tribunais têm admitido que o Executado pode, através de simples petição, fazer ver ao magistrado a ausência de algum requisito indispensável à continuação da ação e por ele, até então, não verificada.

"Objeção de pré-executividade. Mesmo sem estar seguro o juízo pode o devedor opor objeção de pré-executividade, isto é, alegar matérias que o juiz deveria conhecer de ofício, objetivando a extinção do processo de execução" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 4ª ed., p. 1.126, nota 3 ao artigo 618).

Acontece, porém, que no caso em comento, o exercício do direito de defesa pelo Executado jamais esteve condicionamento a prévia garantia do juízo e o que se extrai, neste momento, é uma tentativa de se valer do instituto da exceção de pré executivida, admitido excepcionalmente e tão somente para que se possa apontar a existência de nulidades e/ou a ausência de pressupostos para desenvolvimento válido e regular do processo e/ou a presença e/ou ausência de condições da ação, para discutir o valor da dívida exequenda, matéria esta que, necessariamente, está restrita e deveria ser versada nos embargos à execução (cf. Art. 917, inciso III, CPC).

Regularmente citado (fls. 62), dispõe o Executado/Excipiente, ciente dos cálculos e do valor pleiteado pelo Exequente/Excepto, de trinta dias para a interposição de eventuais embargos (cf. Art. 910 CPC) acaso pretenda inaugurar discussão sobre o valor da dívida, matéria esta a eles afeta.

Se tanto não bastasse, a identificação de excesso ou não, demanda perquirição sob o crivo do contraditório, exame de documentos e, possivelmente, a realização de prova técnica e, de modo algum, se enquadra dentre as matérias passíveis de serem, à primeira vista, detectáveis de ofício pelo Juízo, sendo, portanto, tema a suscitar, examinar e solver pela via regular dos embargos.

A verificação da pertinência do que alega o Executado exige, necessariamente, dilação probatória, pois, de forma alguma, pode ser verificada de plano ou independemente de sua submissão ao crivo do contraditório e da ampla defesa. A tese suscitada depende da produção de provas, restando evidente a inadequação da via eleita.

Nesta linha de entendimento, não conheço e refuto, de plano e sem maiores delongas, a exceção de pré-executividade apresentada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, determinando o regular processamento da execução, em conformidade com o que dispõe o art. 910, §1º, do CPC e de acordo com os cálculos apresentados pelo Exequente, tão logo evidenciado o decurso do prazo sem a interposição de embargos e o trânsito em julgado desta decisão.

Intimem-se. A seu tempo retornem."

Com todo o respeito à douta juíza *a quo*, mas o agravo merece provimento.

Consoante relatado, o INSS interpôs inicialmente embargos à execução, que não foram conhecidos por terem sido protocolados nos mesmos autos da execução, e não em separado por dependência.

Subsequentemente, a autarquia interpôs a presente exceção de pré-executividade alegando excesso de execução (mesma matéria alegada nos embargos), fundamentando no fato de que o excesso seria aferível por mero cálculo aritmético.

A douta juíza *a quo* não conheceu de plano a exceção sob o fundamento de que ela é aceita apenas nos casos de nulidade e/ou ausência de pressupostos para desenvolvimento válido e regular do processo e/ou a presença e/ou ausência de condições da ação.

Pois bem.

A exceção de pré-executividade em comento, conforme se observa, trata de excesso de execução, uma vez que o INSS afirma que o cálculo está em desacordo com o estipulado.

Trata-se, pois, de matéria que merece ser analisada mesmo após o prazo de oferecimento de embargos de devedor, porquanto não se sujeita a ocorrência de preclusão.

Veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO EXECUTADO (ANTIGO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL OBJETO DA TRIBUTAÇÃO). MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SUSCITÁVEL EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA. PENHORA DO BEM OBJETO DA EXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (PAS DES NULLITÈS SANS GRIEF) E ECONOMIA PROCESSUAL. OBSERVÂNCIA.

1. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi do disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

2. Outrossim, é cediço que a denominada exceção de pré-executividade, simples petição nos próprios autos da execução, é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva.

3. Conseqüentemente, a invocação de ilegitimidade passiva ad causam, via exceção de pré-executividade, afigura-se escorreita, ainda que em sede de execução fiscal, desde que desnecessária dilação probatória (exceção secundum eventus probationis), prescindindo de prévia segurança do juízo, malgrado o disposto no artigo 16, da Lei 6.830/80. Entrementes, caso não demonstrável de plano, abre-se, ao executado, apenas, a via dos embargos à execução.

4. Destarte, infere-se que a exceção de pré-executividade não tem prazo para ser oposta, uma vez que, ainda que preclusos os embargos à execução, pode o executado suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz.

5. No mesmo diapasão, abalizada doutrina consigna que: "Não há termo final para deduzir a exceção de pré-executividade. Ressalva feita aos casos de preclusão, a exemplo do que acontece com a impenhorabilidade, e sem embargo da responsabilidade pelas despesas derivadas do retardamento (art. 267, § 3º) - e, assim mesmo se a argüição ocorrer após o prazo para embargos -, ao executado se mostra lícito excepcionar em qualquer fase do procedimento in executivis, inclusive na final: na realidade, permanece viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo.(Araken de Assis, in Manual da Execução, 9ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2005, pág.1.027).

6. Precedentes do STJ: REsp 929.266/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007; Resp 785.921/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 27.02.2007; REsp 713.243/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 28.04.2006; e Resp 220.100/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 02.09.1999, DJ 25.10.1999.(...)

*10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte,desprovido. (*REsp 818453 / MG Recurso Especial 2006/0029787-0 Relator(a) Ministro Luiz Fux (1122) Órgão Julgador T1 - Primeira Turma Data do Julgamento 16/09/2008 Data da Publicação/ Fonte DJe 02/10/2008)

É que a impugnação referente à uma das condições da ação e a pressupostos processuais da execução não preclui, podendo ser arguida a qualquer tempo, por se tratar de questão de ordem pública. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. HIGIDEZ DO TÍTULO DISCUTIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXISTÊNCIA DE EMBARGOS DO DEVEDOR QUE NÃO DEBATERAM A QUESTÃO ESPECÍFICA. COISA JULGADA INEXISTENTE. PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO DA AÇÃO. MATÉRIA CONHECÍVEL DE OFÍCIO. CPC, ART. 267, IV C/C § 3º.

I. Em se tratando de matéria conhecível de ofício, como é o caso da alegada falta de higidez do título cobrado, pode ela ser objeto de exceção de pré-executividade, ainda que não suscitada, antes, em sede de embargos à execução. Coisa julgada inexistente.

II. Nulidade da decisão decretada, para que seja examinada, em 1ª instância, o mérito da exceção apresentada.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (4ª Turma, REsp 419.376-MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 19.08.2002)

"PROCESSUAL CIVIL. INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE ACOLHE EM PARTE PARA OPORTUNIZAR AO EXEQÜENTE A JUNTADA DO CONTRATO ORIGINAL. CLÁUSULA QUE FIRMA A INEXISTÊNCIA DE NOVAÇÃO. CONDIÇÃO DA AÇÃO. CPC, ARTS. 585, II C/C O ART. 267, IV.

I. A exceção de pré-executividade pode ser oferecida, independentemente da oposição de embargos do devedor, quando discutir matéria atinente à condição da ação e a pressupostos processuais da execução (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, do CPC).

> *II. Caso que se acomoda na situação descrita, porquanto, como observado pelo Tribunal estadual, está explicitado no instrumento de confissão de dívida celebrado entre as partes que o mesmo não constitui novação ao contrato original, ausente dos autos, e que, por isso mesmo, gerou o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade para oportunizar ao exeqüente a sua juntada a fim de possibilitar o curso da execução.*
>
> *III. Recurso especial não conhecido."* (4ª Turma, REsp 453.622-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 28.10.2003)

O excesso da exceção, como é sabido, é questão afeta a condição da ação executiva, pois "*declaratória do exato limite da execução, reconhecendo a carência de ação executiva relativamente ao excesso apurado, uma vez que a execução não é colocada à disposição do exequente para a satisfação de direito não expresso no título. Não há adequação entre o excesso, carente de título que o ampare, e a tutela jurídica executiva pleiteada. Nesses casos, falta ao exequente o legítimo interesse processual*".

Essa é a lição de Paulo Henrique Lucon[4], que acrescenta em suas considerações, que "*por se relacionar com a execução, pode também ser reconhecida no âmbito do procedimento da fase executiva, independentemente do oferecimento de impugnação*".

Assim, não obstante ter o agravante aventado a matéria fora dos embargos do devedor, é de se ver que o excesso pode ser objeto de análise e decisão pelo douto juízo.

A natureza de ordem pública da matéria veiculada é ainda mais evidenciada se considerarmos o fato de que o executado/agravante é ente da Administração Indireta, tratando-se, pois, de recursos públicos.

Some-se a tudo o fato de que o exequente/agravado concordou com parte da impugnação do INSS, como se vê na petição de fls. 93/94 dos autos, de modo que simplesmente desconsiderar as alegações acarretará, de um lado, enriquecimento indevido do exequente e, de outro, lesão ao patrimônio público.

Sendo assim, outra solução não há que não o provimento do recurso.

Ante o exposto, conheço o recurso de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social e lhe dou provimento para reformar a decisão atacada e acolher a exceção de pré-executividade por ele interposta.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (des. Odemilson Roberto Castro Fassa), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 07.12.2016)

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

Pedi vista,para analisar com mais cuidado os autos e peço vênia para divergir do nobre Relator.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a reforma da decisão proferida pelo Juiz(a) da 2ª Vara Cível de Dourados que não conheceu da exceção de pré-executividade proposta por João dos Santos Souza.

Exsurge dos autos que, em 07/10/2015, o ora agravado João dos Santos Souza ajuizou execução de sentença em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (f. 13-16), no valor de R$ 11.378,25, a título principal, e de R$ 1.137,83, a título de honorários, conforme cálculo de liquidação da sentença (f. 39-45).

4 MARCATO, Antônio Carlos (ORG.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1607.

Citado em 03/02/2016, o INSS opôs embargos à execução (f. 53-56) em 18/02/2016, alegando excesso de execução e requerendo a adequação do valor devido ao montante de R$ 3.911,22, a título de principal, e R$ 391,12, a título de honorários advocatícios, conforme cálculo de f. 57-58.

A magistrada tornou sem efeito a oposição dos embargos à execução via petição nos autos da execução de sentença, quando deveriam ter sido distribuídos por dependência, acompanhados do devido recolhimento do preparo, determinando o desentranhamento da aludida petição dos autos da execução, para adequação (f. 70).

Em, o INSS opôs exceção de pré-executividade (f. 75-80), alegando excesso de execução no valor de R$ 11.378,25, ao argumento de que o exequente *"utilizou rendas divergentes das devidas; os honorários sucumbenciais foram apurados sem descontos, embora no ato da propositura da ação, a concessão do benefício 31/5492332950 já era de seu conhecimento; e não aplicou a Lei nº 11.960/09, tanto para juros moratórios quanto para correção monetária, sendo que ainda os honorários advocatícios não respeitaram a Súmula 111 do E. STJ"* (f. 78).

O excepto, ora agravado, João dos Santos Souza manifestou-se no sentido de reconhecer a procedência parcial da exceção de pré-executividade, ao argumento de que foram juntados pelo excipiente documentos que comprovam o recebimento do benefício pelo exequente no período de 11/2012 a 05/2013, porém, ressaltou haver equívoco no cálculo do INSS, uma vez que o benefício, a partir de 01/2012, não sofreu o reajuste devido, devendo ser adequados os valores apresentados (f. 93-94).

A magistrada, manifestou-se pelo não conhecimento da exceção de pré-executividade, determinando o regular prosseguimento da execução, forte no fundamento de que a matéria arguida não é cognoscível de ofício, depende de dilação probatória, restando evidente a inadequação da via eleita (f. 95-100).

Desta decisão, recorre o INSS argumentando que *"em nenhum momento foi aventada qualquer questão atinente à dilação probatória, vez que a questão se limita a cálculos aritméticos, fato que dispensa prova pericial o que é reconhecido de forma iterativa pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça"* (f. 05).

O e. Des. Dorival Renato Pavan proferiu voto no sentido de dar provimento ao agravo de instrumento, para acolher a exceção de pré-executividade, ao fundamento de que o excesso de execução é matéria de ordem pública, passível de ser arguida em exceção de pré-executividade, no que discordo.

A jurisprudência autoriza a exceção de pré-executividade, construída pela doutrina, como meio de defesa do executado, dispensando prévia garantia, desde que atendidas certas condições.

No tocante ao cabimento de exceção de pré-executividade, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação, em julgamento de recurso especial repetitivo, no sentido de que: "*a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória*" (REsp 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 4/5/2009).

Pois bem.

Na espécie, como visto, o agravante/executado opôs embargos à execução alegando excesso de execução, todavia, via petição simples nos autos da execução, quando deveria tê-lo feito por dependência à execução, resultando na determinação judicial de desentranhamento da petição dos autos, para sua adequada distribuição.

Desta decisão, o agravante não recorreu, tendo optado por apresentar a exceção de pré-executividade, na qual também alegou excesso de execução.

Sucede que, como bem salientado pela magistrada *a quo*, *"A identificação de excesso ou não, demanda perquirição sob o crivo do contraditório, exame de documentos e, possivelmente, a realização de prova técnica e, de modo algum, se enquadra dentre as matérias passíveis de serem, à primeira vista, detectáveis de ofício pelo juízo, sendo, portanto, tema a suscitar, examinar e solver pela via regular dos embargos"*.

Ressalto que, embora o excepto tenha reconhecido em parte a pretensão do excipiente, persiste a controvérsia quanto ao valor total a ser executado, o que impede a análise da matéria em sede de exceção de pré-executividade.

Nesse sentido, há manifestação recente no STJ:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REMESSA À CONTADORIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. A Primeira Seção desta Corte de Justiça firmou orientação, em julgamento de recurso especial repetitivo, de que: "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória" (REsp 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 4/5/2009) 2. No caso dos autos, o envio dos autos para contadoria judicial para verificação do alegado excesso de execução em decorrência de erro nos cálculos apresentados pela recorrida importa em dilação probatória, não admitida em sede de exceção de pré-executividade. 3. Agravo interno a que se nega provimento." (*AgInt no REsp 1274489/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 20/10/2016).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REVISÃO DO QUANTUM ARBITRADO. SUPOSTO ERRO DE CÁLCULO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 7/STJ.*
>
> *1. A alegação de excesso de execução fundada em suposto erro de cálculo não possibilita a oposição de exceção de pré-executividade, porquanto exige demanda probatória. Entendimento contrário exige a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado na via do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 410.636/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe de 11/05/2015).

Posto isso, com vênias ao nobre Relator, nego provimento ao agravo de instrumento.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0008897-37.2010.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADAS – MÉRITO – EXTRAÇÃO DE MINÉRIO DE FERRO E MANGANÊS NO MORRO DO URUCUM – DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE – DIMINUIÇÃO DA VAZÃO DO CÓRREGO URUCUM – DANO MATERIAL PRETÉRITO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO – DANOS MORAIS COLETIVOS – DEVIDOS – CORREÇÃO MONETÁRIA PARA OS DANOS MATERIAIS – A PARTIR DO EFETIVO PREJUÍZO (SÚMULA 43 STJ) – JUROS DE MORA APLICADOS AO DANO AMBIENTAL E DANO MORAL – A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54 STJ) – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO E RECURSO DA REQUERIDA DESPROVIDO.

Consoante a Teoria da Asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado na petição inicial, deixando o exame das questões de mérito para o julgamento final.

Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo, situação verificada no caso em tela, consoante disposição expressa do art. 3ª da Lei 7.347/85.

Verificado que a cumulação de pedidos está previsto expressamente no Código de Processo Civil (artigo 292, § 1ª, incisos I a III), aliado ao entendimento do STJ de que é possível a cumulação dos pleitos de cunho pecuniário e obrigação de fazer e não fazer, nos termos do art. 3º da Lei 7.347/85, rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial.

Perfeitamente possível a fixação de danos morais nas demandas que tutelam interesses difusos e coletivos, tendo em vista que os danos ambientais decorrentes de sua degradação atingem ou mitigam a qualidade de vida de todas as pessoas que residem na região afetada, de modo que a preliminar de inépcia da inicial deve ser refutada.

Comprovado que a exploração da atividade de minério da empresa requerida prejudicou arduamente o curso hidrológico não só do córrego Urucum, mas também de toda a fauna aquática e terrestre local, impõe-se a sua condenação ao pagamento dos danos ambientais pretéritos e danos morais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a correção monetária para os danos ambientais pretéritos deve incidir a partir da data do efetivo prejuízo, nos termos da Súmula 43 do STJ.

Nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: *"os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"*. Logo, os valores relativos ao dano ambiental e moral devem observar tal comando.

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, afastar as preliminares, negar provimento ao recurso de Mineração Corumbaense Reunida S/A e dar provimento ao apelo do Ministério Público, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e Mineração Corumbaense Reunida S.A., inconformados com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da ação civil pública que aquele move em face desta, interpõem apelações cíveis objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos para condenar a requerida:

> *"1) em obrigação de fazer consistente em:*
>
> *A) no prazo de 30 (trinta) dias, assegurar vazão ininterrupta de 888 m³/dia no Córrego Urucum a partir de sua nascente, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;*
>
> *B) no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), assegurar vazão ininterrupta de 1.092 m³/dia no Córrego Urucum, o que corresponde à vazão original do aludido corpo d'água, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;*
>
> *C) no prazo de 180 (cento e oitenta dias), requerer licenciamento ambiental para recuperação do passivo ambiental decorrente de interrupção da vazão do curso hídrico, restituindo-se, pois, a vazão originária, assim para que haja a recuperação do volume da Lagoa do Jacadigo, sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento.*
>
> *2) ao pagamento de quantia pela reparação do dano ambiental pretérito referente aos danos de ordem material decorrentes da interrupção da vazão do Córrego Urucum, do desabastecimento de água no Assentamento Urucum e do secamento da Lagoa do Jacadigo, com repercussão sobre a fauna, flora e ecossistema local, os quais fixo no patamar de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 de Lei n. 7.347/85;*
>
> *3) ao pagamento de quantia referente ao dano moral coletivo no importe de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 da Lei n. 7.347/85." (fls. 3626/3670)*

Do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. F. 3.682/3.699

Alega que restou comprovado nos autos que o Córrego Urucum teve gravemente diminuída e interrompida a sua vazão pelo avanço da exploração subterrânea de manganês realizada pela apelada, o que afetou drasticamente uma das maiores áreas úmidas contínuas do planeta em sua biota e condições estéticas, visto que extinta a vazão natural do referido córrego e reduzido o potencial hídrico da Lagoa do Jacadigo em 98,98%.

Afirma que o valor fixado a título de compensação pelo dano material ambiental não acostou-se no princípio da reparação integral, segundo o qual o meio ambiente lesado deve ser reparado em sua integralidade.

Aduz que ficou *"demonstrada a existência de dano ao meio ambiente decorrente da atividade realizada pela requerida; provado que o fato gerou prejuízo inestimável à fauna e flora local, bem como a todos aqueles que se beneficiavam das águas do aludido córrego; reconhecido que a Lagoa Jacadigo, a qual teve, entre os anos de 2000 a 2008, diminuição em seu corpo hídrico na proporção de 98,98%, o que resulta na desocupação da área alagada referente a 96.79 km²; assente que a interrupção da vasão (sic) do referido córrego foi tecnicamente constatada; concluído que o fato é gravíssimo, uma vez que o dano ambiental ocorrem em área do Pantanal, uma das maiores extensões úmidas contínuas do planeta,"*, contudo, a reparação do dano material ambiental foi fixada em valores ínfimos.

Explana que o dano causado e as consequências dele advindas jamais poderão ser revertidos completamente, porquanto o que o meio ambiente deixou de ganhar não poderá ser recuperado, uma vez que afetadas a umidade do ar e a manutenção de áreas tampões nos períodos de seca para a fauna e para a criação doméstica.

Apregoa que nos próximos 10 (dez) anos de exploração da atividade pela apelada, as águas do Aquífero Santa Cruz irão se esgotar, o que causará a interrupção definitiva da vazão natural e artificial (adutora) do Córrego Urucum e o desabastecimento da população adjacente.

Sustenta que provado o dano sofrido pelo meio ambiente, bem como a impossibilidade de restituição do meio ambiente ao *status quo ante,* devida indenização pelos danos ambientais pretéritos em valor superior ao fixado na sentença singular, em observância ao princípio da reparação integral.

Argumenta que o valor fixado a título de reparação do dano ambiental pretérito não deve ser corrigido a partir da sentença e sim, a partir do efetivo prejuízo.

Salienta que o termo inicial dos juros de mora aplicados ao dano ambiental pretérito e o dano moral coletivo devem ser computados a partir do evento danoso.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 3.909/3923)

Do recurso interposto pela Mineração Corumbaense Reunida S.A. F. 3.736/3.760.

Suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que a imposição da obrigação de assegurar a vazão do córrego Urucum implicaria em ingerência do Poder Judiciário no âmbito do controle administrativo de uma atividade que, à evidência, encontra-se sob atribuição e competência do Poder Executivo.

Ainda em preliminar, alega inépcia da inicial por cumulação indevida de pedidos incompatíveis entre si. E mais, os Tribunais pátrios têm afastado a possibilidade de se demandar o dano moral em sede de tutela de interesses difusos ou coletivos, porquanto aqueles se materializam, necessariamente, sobre pessoas individualizadas, não se compatibilizando com as circunstâncias de serem as vítimas indeterminadas.

No mérito, narra que as suas atividades desempenhadas são pautadas pela responsabilidade socioambiental, sendo adotadas todas as medidas recomendadas para a preservação do meio ambiente devidamente autorizadas pelos órgãos ambientais competentes.

Expõe que próximo à Morraria Urucum há um assentamento agrícola e um balneário turístico, os quais são responsáveis por captar grande parte da vazão daquele córrego, tanto que o documento de fls. 138, elaborado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais, a pedido da Secretaria de Meio Ambiente e Turismo de Corumbá – SEMATUR, deixou claro que o referido córrego somente seca após as captações realizadas pelo assentamento e balneário.

Explica que tem mantido ao longo dos anos um total comprometimento com a preservação ambiental, tanto que suas atividades são devidamente licenciadas pelo IBAMA, desde o início da década de 90.

Argumenta que é normal a atividade minerária causar determinados impactos ambientais e efeitos paisagísticos extremamente peculiares, os quais devem ser, no entanto, suportados pela sociedade durante a fase de lavra, na medida em que a exploração de tais recursos representa um dos esteios da moderna economia industrial, o que, aliado ao interesse nacional do aproveitamento econômico das jazidas, justifica o exercício do domínio público sobre os bens minerais existentes no solo e no subsolo.

Obtempera sobre a impossibilidade de se conduzir para o âmbito do Poder Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos.

Por fim, defende a não ocorrência de danos de natureza extrapatrimonial.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 3857/3885)

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto pela Mineração Corumbaense Reunida S/A e, pelo provimento do recurso do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. (fls. 3931/3968)

VOTO (EM 20/09/2016)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e Mineração Corumbaense Reunida S.A., inconformados com a sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da ação civil pública que aquele move em face desta, interpõem apelações cíveis objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos para condenar a requerida:

> *"1) em obrigação de fazer consistente em:*
>
> *A) no prazo de 30 (trinta) dias, assegurar vazão ininterrupta de 888 m³/dia no Córrego Urucum a partir de sua nascente, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;*

B) no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), assegurar vazão ininterrupta de 1.092 m³/dia no Córrego Urucum, o que corresponde à vazão original do aludido corpo d'água, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;

C) no prazo de 180 (cento e oitenta dias), requerer licenciamento ambiental para recuperação do passivo ambiental decorrente de interrupção da vazão do curso hídrico, restituindo-se, pois, a vazão originária, assim para que haja a recuperação do volume da Lagoa do Jacadigo, sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento.

2) ao pagamento de quantia pela reparação do dano ambiental pretérito referente aos danos de ordem material decorrentes da interrupção da vazão do Córrego Urucum, do desabastecimento de água no Assentamento Urucum e do secamento da Lagoa do Jacadigo, com repercussão sobre a fauna, flora e ecossistema local, os quais fixo no patamar de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 de Lei n. 7.347/85;

3) ao pagamento de quantia referente ao dano moral coletivo no importe de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 da Lei n. 7.347/85." (fls. 3626/3670)

Extrai-se dos autos que a 2ª Promotoria de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul apurou no bojo do Inquérito Civil nº 07/2001 e 01/1998, a existência de degradação ambiental decorrente da interrupção de vazão do Córrego Urucum em decorrência da atividade realizada pela empresa requerida, consistente na extração de minério de ferro que se encontra na superfície do Morro do Urucum e, extração de manganês através de perfurações no interior da referida Morraria numa verdadeira cadeia de túneis.

Relatou que a partir do ano de 2000 começou a receber reclamações acerca da redução do volume de água do Córrego Urucum pelos moradores do Assentamento rural localizado próximo de sua nascente.

Asseverou que face as atividades exercidas pela empresa requerida, ocorreu a interrupção da vazão do mencionado corpo hídrico, ensejando severos danos ambientais na região, desde a nascente até aqueles danos de difícil ou impossível constatação, afetando inclusive a Lagoa do Jacadigo.

Por essa razão, ingressou com a presente demanda, objetivando a condenação da empresa requerida ao pagamento de indenizações e diversas obrigações, dentre elas recuperar o dano ambiental.

A tutela antecipada foi indeferida. (fls. 3.195/3.201)

A empresa requerida contestou a lide, oportunidade em que suscitou preliminares e, no mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos. (fls. 3.277/3.306)

Houve audiência de conciliação, ocasião em que as partes de comum acordo requereram a suspensão do feito pelo prazo de seis meses para que fossem realizados todos os estudos técnicos necessários para se averiguar a existência e eventual extensão dos danos ambientais alegados na inicial. (fls. 3.380)

Ato contínuo, a parte requerida trouxe aos autos o estudo técnico realizado, conforme entabulado na audiência de conciliação. (fls. 3.456/3.523)

Posteriormente, o feito foi suspenso por mais seis meses, sendo renovado por igual período, aguardando-se as informações dos órgãos oficiais (IBAMA e ANA) acerca do estudo técnico realizado pela parte ré. (fls. 3.560)

As conclusões da Agência Nacional de Águas acerca do estudo técnico encontram-se acostadas às fls. 3.565/3.570.

Após, o Ministério Público Estadual manifestou nos autos informando o desinteresse na entabulação de acordo, ante as conclusões da ANA (Agência Nacional de Águas), bem como manifestou pelo julgamento antecipado da lide. (fls. 3.575/3.577)

Em sentença proferida, a magistrada a quo julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a parte requerida:

> *"1) em obrigação de fazer consistente em:*
>
> *A) no prazo de 30 (trinta) dias, assegurar vazão ininterrupta de 888 m³/dia no Córrego Urucum a partir de sua nascente, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;*
>
> *B) no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), assegurar vazão ininterrupta de 1.092 m³/dia no Córrego Urucum, o que corresponde à vazão original do aludido corpo d'água, com oscilação máxima de 05% da vazão mínima estipulada no decorrer do dia, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento;*
>
> *C) no prazo de 180 (cento e oitenta dias), requerer licenciamento ambiental para recuperação do passivo ambiental decorrente de interrupção da vazão do curso hídrico, restituindo-se, pois, a vazão originária, assim para que haja a recuperação do volume da Lagoa do Jacadigo, sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento.*
>
> *2) ao pagamento de quantia pela reparação do dano ambiental pretérito referente aos danos de ordem material decorrentes da interrupção da vazão do Córrego Urucum, do desabastecimento de água no Assentamento Urucum e do secamento da Lagoa do Jacadigo, com repercussão sobre a fauna, flora e ecossistema local, os quais fixo no patamar de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 de Lei n. 7.347/85;*
>
> *3) ao pagamento de quantia referente ao dano moral coletivo no importe de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), corrigidos pelo IGPM a partir desta sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença, a ser revertido ao Fundo Estadual mencionado no artigo 13 da Lei n. 7.347/85." (fls. 3626/3670)*

Irresignadas, ambas as partes interpõem apelações cíveis.

Do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. f. 3.682/3.699

Alega que restou comprovado nos autos que o Córrego Urucum teve gravemente diminuída e interrompida a sua vazão pelo avanço da exploração subterrânea de manganês realizada pela apelada, o que afetou drasticamente uma das maiores áreas úmidas contínuas do planeta em sua biota e condições

estéticas, visto que extinta a vazão natural do referido córrego e reduzido o potencial hídrico da Lagoa do Jacadigo em 98,98%.

Afirma que o valor fixado a título de compensação pelo dano material ambiental não acostou-se no princípio da reparação integral, segundo o qual o meio ambiente lesado deve ser reparado em sua integralidade.

Aduz que ficou *"demonstrada a existência de dano ao meio ambiente decorrente da atividade realizada pela requerida; provado que o fato gerou prejuízo inestimável à fauna e flora local, bem como a todos aqueles que se beneficiavam das águas do aludido córrego; reconhecido que a Lagoa Jacadigo, a qual teve, entre os anos de 2000 a 2008, diminuição em seu corpo hídrico na proporção de 98,98%, o que resulta na desocupação da área alagada referente a 96.79 km²; assente que a interrupção da vasão (sic) do referido córrego foi tecnicamente constatada; concluído que o fato é gravíssimo, uma vez que o dano ambiental ocorrem em área do Pantanal, uma das maiores extensões úmidas contínuas do planeta,"*, contudo, a reparação do dano material ambiental foi fixada em valores ínfimos.

Explana que o dano causado e as consequências dele advindas jamais poderão ser revertidos completamente, porquanto o que o meio ambiente deixou de ganhar não poderá ser recuperado, uma vez que afetadas a umidade do ar e a manutenção de áreas tampões nos períodos de seca para a fauna e para a criação doméstica.

Apregoa que nos próximos 10 (dez) anos de exploração da atividade pela apelada, as águas do Aquífero Santa Cruz irão se esgotar, o que causará a interrupção definitiva da vazão natural e artificial (adutora) do Córrego Urucum e o desabastecimento da população adjacente.

Sustenta que provado o dano sofrido pelo meio ambiente, bem como a impossibilidade de restituição do meio ambiente ao *status quo ante,* devida indenização pelos danos ambientais pretéritos em valor superior ao fixado na sentença singular, em observância ao princípio da reparação integral.

Argumenta que o valor fixado a título de reparação do dano ambiental pretérito não deve ser corrigido a partir da sentença e sim, a partir do efetivo prejuízo.

Salienta que o termo inicial dos juros de mora aplicados ao dano ambiental pretérito e o dano moral coletivo devem ser computados a partir do evento danoso.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 3.909/3923)

Do recurso interposto pela Mineração Corumbaense Reunida S.A. F. 3.736/3.760.

Suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que a imposição da obrigação de assegurar a vazão do córrego Urucum implicaria em ingerência do Poder Judiciário no âmbito do controle administrativo de uma atividade que, à evidência, encontra-se sob atribuição e competência do Poder Executivo.

Ainda em preliminar, alega inépcia da inicial por cumulação indevida de pedidos incompatíveis entre si. E mais, os Tribunais pátrios têm afastado a possibilidade de se demandar o dano moral em sede de tutela de interesses difusos ou coletivos, porquanto aqueles se materializam, necessariamente, sobre pessoas individualizadas, não se compatibilizando com as circunstâncias de serem as vítimas indeterminadas.

No mérito, narra que as suas atividades desempenhadas são pautadas pela responsabilidade socioambiental, sendo adotadas todas as medidas recomendadas para a preservação do meio ambiente devidamente autorizadas pelos órgãos ambientais competentes.

Expõe que próximo à Morraria Urucum há um assentamento agrícola e um balneário turístico, os quais são responsáveis por captar grande parte da vazão daquele córrego, tanto que o documento de fls. 138, elaborado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais, a pedido da Secretaria de Meio Ambiente e Turismo de Corumbá – SEMATUR, deixou claro que o referido córrego somente seca após as captações realizadas pelo assentamento e balneário.

Explica que tem mantido ao longo dos anos um total comprometimento com a preservação ambiental, tanto que suas atividades são devidamente licenciadas pelo IBAMA, desde o início da década de 90.

Argumenta que é normal a atividade minerária causar determinados impactos ambientais e efeitos paisagísticos extremamente peculiares, os quais devem ser, no entanto, suportados pela sociedade durante a fase de lavra, na medida em que a exploração de tais recursos representa um dos esteios da moderna economia industrial, o que, aliado ao interesse nacional do aproveitamento econômico das jazidas, justifica o exercício do domínio público sobre os bens minerais existentes no solo e no subsolo.

Obtempera sobre a impossibilidade de se conduzir para o âmbito do poder judiciário o controle do mérito dos atos administrativos.

Por fim, defende a não ocorrência de danos de natureza extrapatrimonial.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 3857/3885)

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto pela Mineração Corumbaense Reunida S/A e, pelo provimento do recurso do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. (fls. 3931/3968)

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 recorrida foi proferida em 12/06/2015, adota-se ao presente recurso às normas do Código de Processo Civil de 1973.

Feitos tais esclarecimentos, passo a análise das preliminares suscitas pela Mineração Corumbaense Reunida S.A.

Impossibilidade jurídica do pedido

Em suas razões recursais, suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que a imposição da obrigação de assegurar a vazão do córrego Urucum implicaria em ingerência do Poder Judiciário no âmbito do controle administrativo de uma atividade que, à evidência, encontra-se sob atribuição e competência do Poder Executivo.

Sem razão.

Com efeito, segundo a Teoria da Asserção, aplicável modernamente no Direito Processual, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado pela parte autora na sua petição inicial. Assim, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz analisa o primeiro contato com a petição inicial, deixando o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou à improcedência da demanda, para o julgamento final.

Esse é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL (...) TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA (...) 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 53.146/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 16/02/2012)

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> *"Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida.* ***Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido****, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...)* ***É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento****. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito".* (Teoria Geral do Processo. 3ª ed. p.182-183) (grifei).

No mesmo sentido, entende esta Corte:

> *"EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA LEGISLATIVA –* ***REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO*** *– MÉRITO – APOSENTADORIA ESPECIAL – APLICAÇÃO DA LEI N. 8.213/91 – INEXISTÊNCIA – LEI COMPLEMENTAR – CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.*
>
> *Acolhe-se a preliminar de impertinência subjetiva da Assembléia Legislativa para figurar no pólo passivo do mandado de injunção, caso demonstrado que a omissão apontada pelo impetrante, mesmo em tese, só pode ser sanada pelo Governador do Estado.*
>
> *Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo,* ***analisando in status assertionis****, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.*
>
> *Diante da inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, deve ser garantido ao impetrante a análise de seu pedido de aposentadoria especial, pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo, oportunidade em que se averiguará a satisfação dos requisitos autorizadores para a sua concessão* (TJMS- Mandado de Injunção - N. 2010.006591-1/0000-00 - Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial - j. 5.5.2010) (grifei)

Assim, levando-se em conta a aplicabilidade de tal teoria pelo ordenamento jurídico, amplamente aceita e utilizada também pela jurisprudência, não há falar em acolhimento da preliminar, uma vez que as condições da ação e pressupostos devem ser analisados de forma abstrata, *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as afirmações feitas na inicial, de modo que, passada a fase inicial processual, estar-se-á diante da análise do mérito do pedido deduzido.

Aliás, a tese de que o Poder Judiciário estaria adentrando na análise administrativa do ato se confunde com o mérito, notadamente porque a constatação de tal fato jurídico (obrigação de reparação do meio ambiente) perpassa necessariamente pela análise das alegações da parte autora e da requerida, em confronto com as provas carreadas aos autos e sempre à luz do direito aplicado ao caso.

Outrossim, a possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo.

E no caso vertente, a pretensão inicial encontra guarida no ordenamento jurídico, consoante art. 3ª da Lei 7.347/85.

Assim, rejeito a preliminar.

Preliminar de inépcia da inicial

Ainda em preliminar, a Mineração Corumbaense Reunida S.A alega inépcia da inicial por cumulação indevida de pedidos incompatíveis entre si. E mais, os Tribunais pátrios têm afastado a possibilidade de se demandar o dano moral em sede de tutela de interesse difusos ou coletivos, porquanto aqueles se materializam, necessariamente, sobre pessoas individualizados, não se compatibilizando com as circunstâncias de serem as vítimas indeterminadas.

Novamente sem razão.

Isso porque, a inépcia decorre de alguma irregularidade nos elementos objetivos da demanda. Tanto é assim que o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 295, dispõe:

> *"Art. 295. A petição inicial será indeferida:*
>
> *I – quando for inepta;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:*
>
> *I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;*
>
> *II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*
>
> *III – o pedido for juridicamente impossível;*
>
> *IV – contiver pedidos incompatíveis entre si".*

No caso, ao contrário do alegado pela Mineração apelante, os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual são compatíveis e se mostram perfeitamente ajustados à hipótese dos autos, ante a prática lesiva ao meio ambiente.

O autor instruiu a inicial com os documentos que compõem o inquérito civil e com diversos laudos periciais e estudos ambientais elaborados por especialistas, demonstrando os prejuízos causados pela ação da requerida ao meio ambiente, razão pela qual, diante do acervo formador do convencimento, não restou outra alternativa ao autor senão a propositura da ação civil pública visando a condenação da requerida.

Ora, impedir a continuidade das agressões, proteger o meio ambiente, sancionar as condutas lesivas, são pretensões legítimas e amparadas pelo ordenamento jurídico, a partir da ordem constitucional vigente.

Aliás, a cumulação de pedidos está prevista expressamente no Código de Processo Civil em seu artigo 292, §1ª, incisos I a III, de modo que não há falar que os pedidos são incompatíveis entre si, ao contrário, são intimamente ligados.

Mas isso não é só. Ainda que o art. 3º da Lei 7.347/85 preveja que a ação civil pública poderá ter por objetivo a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a jurisprudência do STJ tem reconhecido a possibilidade da cumulação de tais pedidos, vejamos:

> *"AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.*
>
> *(...)2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva."* (Recurso Especial Nº 1.269.494 - MG (2011/0124011-9), Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 24/09/2013)

Ainda que assim não fosse, denota-se que eventual irregularidade da inicial somente acarretaria o seu indeferimento e a consequente extinção do processo em caso de manifesto prejuízo à parte, a ponto de impedir o exercício do direito de defesa. Contudo, à luz do princípio da instrumentalidade das formas e dos

atos processuais, ainda que haja expressa inobservância da forma do ato exigido por lei, não se decretará a nulidade do ato quando não resultar prejuízo para a parte (art. 249, §1º, do CPC).

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE CITAÇÃO, PELA PARTE AUTORA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRREGULARIDADE SANADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PARTICIPAÇÃO DO MEMBRO DO PAQUET EM TODAS AS FASES PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE REQUERIDA NA DEMANDA. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. À luz do Princípio da Instrumentalidade das formas e dos atos processuais, norteador do Sistema de Nulidades do Código de Processo Civil, ainda que haja expressa inobservância da forma do ato exigido por lei, não se decretará a nulidade do ato quando a inobservância da forma não resultar prejuízo para a parte (art. 249, §1º do CPC). In casu, a nulidade atinente à inépcia da petição inicial – consubstanciada na ausência de pedido expresso de citação do Ministério Público para compor a lide – foi suprida, de ofício, pelo Magistrado, o que possibilitou ao membro do Parquet participar ativamente de todos os atos processuais, sem que reste evidenciado, na presente demanda, prejuízo hábil a justificar a declaração de nulidade de todos os atos processuais. Recurso Especial desprovido."* (REsp 766.506/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 14/04/2014)

Noutro giro, mostra-se perfeitamente possível a fixação de danos morais nas demandas que tutelam interesses difusos e coletivos, tendo em vista que os danos ambientas decorrentes de sua degradação atingem ou mitigam a qualidade de vida de todas as pessoas que residem na região afetada, mostrando-se possível a reparação na ordem moral.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Passo a análise conjunta de ambos os recursos.

A empresa requerida narra que as suas atividades desempenhadas são pautadas pela responsabilidade socioambiental, sendo adotadas todas as medidas recomendadas para a preservação do meio ambiente devidamente autorizadas pelos órgãos ambientais competentes.

Expõe que próximo à Morraria Urucum há um assentamento agrícola e um balneário turístico, os quais são responsáveis por captar grande parte da vazão daquele córrego, tanto que o documento de fls. 138, elaborado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais, a pedido da Secretaria de Meio Ambiente e Turismo de Corumbá – SEMATUR, deixou claro que o referido córrego somente seca após as captações realizadas pelo assentamento e balneário.

Com efeito, a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente tem fundamento no art. 225, §3º, da Constituição Federal e, no artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, exigindo-se a presença dos seguintes elementos: conduta (ação ou omissão), dano ao meio ambiente e nexo causal entre ambos. Destarte, constatada a infração à norma ambiental e os danos decorrentes, o poluidor está obrigado à reparação, mediante a recomposição da área.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

"DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas.

2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art. 14, parágrafo 1º.) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do ***dano,*** *mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.*

4. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa, consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei.

(...)" (REsp 578.797/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/08/2004, DJ 20/09/2004 p. 196)

A farta documentação acostada nos autos não deixa dúvida que a atividade de extração mineral exercida pela empresa requerida foi a causa principal da diminuição do volume hídrico do córrego Urucum, tanto é que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA apresentou relatório de vistoria feito no referido córrego, tendo concluído que: (fls. 40/41)

"(...)

Em todo o trajeto, numa extensão de aproximadamente 800 metros, notamos que certa parte do córrego está totalmente seco, apresentando um leito de 1,00 a 1,50 metros de profundidade e 3,00 metros de largura, no sentido nascente;

Caminhando no sentido acima descrito por vinte minutos, começamos a deparar com um fluxo de água bastante forte, que se acentava a medida que aumentava a altitude;

Foi encontrado no leito do córrego, construído duas míni-barragens, com fins de medir a vazão em metros cúbicos;

Encontrado um sistema de bombeamento de água (mina/córrego), o qual não podermos verificar a origem do recalque, dado a impossibilidade de acesso a escarpa do morro;

Verificamos que o fluxo de água que encontramos, não tratava-se do volume real do bombeamento que flui para o córrego, mas sim de águas torrenciais provindas de chuvas que ocorreram às vésperas de minha vistoria;

Durante todo o percurso, notamos que a vegetação alta e o sub-bosque bastante densos, predominante na região e principalmente às margens do córrego, abriga visualmente a ocorrência de um refúgio de vida da fauna silvestre e avifauna;

> *Foi constatado a chegada ao "olho dagua da nascente que, o afloramento hídrico* ***é*** *de baixa capacidade, apesar de que há na rocha uma fenda, onde não conseguimos transpor e que os moradores que nos acompanhavam, afirmam que anos passados nesta fenda brotava uma forte fonte de* ***água*** *que abastecia toda a região do vale. E que o desaparecimento da mesma, deu-se em função da perfuração de poços dentro da mina da Mineração Urucum S/A, o qual não possuo conhecimento. Estas perfurações segundo os moradores teriam baixado o nível freático;"*

Não bastasse isso, a Sematur, no ano de 2001 vistoriou o córrego Urucum bem como as dependências da Mineração requerida, com o objetivo de elaborar um parecer técnico sobre o referido córrego.

Conforme vistoria foi possível detectar que o córrego Urucum estava seco em alguns trechos, ressaltando que o maior problema foi a falta de água no local, haja vista que a referida visita foi realizada no período chuvoso quando o córrego deveria apresentar aumento na sua vazão.

Ademais, segundo informações dos próprios funcionários da Mineradora requerida que acompanharam a vistoria, a empresa transporta até o córrego aproximadamente 30% da vazão natural, através de canos galvanizados, sendo que essa água é recolhida no interior da mina, de forma que os peritos concluíram que a atividade desenvolvida pela requerida está afetando diretamente as nascentes. Vejamos: (fls. 94)

> *"(...)*
>
> *Segundo informações dos próprios funcionários da mineradora o córrego nasce a partir da infiltração no arenito ferrífero na área de extração, de minério. Portanto, é possível entender que a água acumulada nas minas (que, possivelmente, se torna problema para as atividades mineradoras) seja a água subterrânea que deveria estar abastecendo o córrego naturalmente. Entende-se que nesse caso que essas atividades estão afetando diretamente as nascentes;*

Ficou constatado ainda que, embora a água introduzida no córrego pela mineradora requerida apresente maior turbidez que a água que corre naturalmente, aquela é muito afetada quando a mineradora faz detonações dentro da mina.

As provas dos autos ainda demonstram que, embora seja difícil a utilização de dados para discutir as alterações ocorridas na vazão do córrego, o impacto causado é notório, até porque é consenso frente a população local que o referido córrego sempre foi torrencial e de grande importância para as comunidades locais.

A vistoria elaborada pela Sematur concluiu que:

> *"a Mineração Urucum é a grande responsável pela diminuição da vazão do córrego Urucum, devido interferências no lençol freático que alimenta as nascentes do referido córrego;*
>
> *A Mineração Urucum, ainda interfere na vazão e qualidade da água, quando alimenta o córrego através de um sistema de bombeamento de água proveniente do interior da mina. Portanto, a mineradora detém o controlo e disponibilidade de água para as populações a jusante, especialmente no período da seca;"* (fls. 95/97)

Com efeito, em 04/10/2006 o IBAMA e o Departamento Nacional de Produção Mineral elaboraram um relatório conjunto de vistoria nº 01 visando apurar a contaminação do córrego Arigolândia por manganês proveniente de lavra da empresa requerida situado nas imediações da morraria Urucum, ficando demonstrado que: (fls. 648/656)

> *"O leito do córrego Urucum, na área da fazenda apresenta-se totalmente seco, como pode ser visto pelas fotos 1, 2, 3 e 4 (Anexo). Nesta mesma área verificou-se a existência de ruínas das antigas instalações do galpão do alambique (fotos 5 e 6), barragem e reservatório para alimentar as diversas instalações do antigo balneário (roda-d'água, chafariz, etc). Neste ponto o leito seco chega aproximadamente 1,3 metros de profundidade (foto 4).*
>
> *(...)*
>
> *Nota-se visualmente que a partir local de desaguamento, o leito do córrego até a sua nascente, na parte mais íngreme da encosta do morro, estava totalmente seco. Somente devido a dificuldades de acesso a este trecho até a nascente não foi verificado, devendo ser realizado numa próxima vistoria.*
>
> *(...)*
>
> *A água proveniente do desaguamento da mina é utilizada em parte do processo industrial e em parte fornecida para os assentados, numa proporção aproximada de 1/3 para os assentados e 2/3 no processo produtivo. O volume bombeado para o assentamento não se dá uniformemente, variando de zero até uma vazão máxima não informada."*

Como se vê, além do leito do córrego estar praticamente seco, percebe-se que a água depositada na mina em sua maior proporção é aproveitada em parte do processo industrial, enquanto, apenas 1/3 dela é devolvida para o leito do córrego para ser aproveitada pela população local.

Outrossim, outros profissionais da área também concluíram que a atividade exercida pela empresa requerida diminuiu consideravelmente a vazão do córrego, ressaltando que os impactos sobre a disponibilidade hídrica do Aquífero Santa Cruz, na Morraria Urucum teve início a partir da mecanização da mina subterrânea de Manganês. Confira:

> *"Na Morraria do Urucum, supõem-se que a superfície do nível d'água original, anterior a mineração, deveria ter um formato convexo, com o fluxo d'água convergindo para a nascente do córrego do Urucum. Dessa forma, durante o período chuvoso boa parte da água infiltrada atingia a zona saturada e escoava diretamente na referida surgência. Ou seja, o escoamento básico durante o período chuvoso era bem maior que durante a estação seca.*
>
> *Com o rebaixamento do nível d'água pela mina subterrânea, a geometria da zona saturada do aquífero foi alterada, a água infiltrada passou a convergir para o interior da mina subterrânea, inclusive o excedente de infiltração, que ocorria durante o período chuvoso. Em consequência disso, a reserva renovável do aquífero foi artificalmente aumentada.*
>
> *(...)*
>
> *O principal impacto negativo ocorreu sobre a nascente do Córrego Urucum que secou, devido a lavra subterrânea de manganês..."* (fls. 762/768)
>
> *"Originalmente o ponto de descarga do aquífero Santa Cruz na Morraria do Urucum constituía-se em uma surgência situada na camada 1 de Manganês, a na escarpa da morraria, sob o traçado do Córrego Urucum. Com o avanço da mina subterrânea para o centro da morraria a descarga do aquífero passou a ocorrer de forma artificial no interior da mina subterrânea."* (fls. 999)

> *"Como constatado pelo método numérico, a vazão do Córrego Urucum é reduzida de uma vazão inicial de 1092 m³/dia (45,5 m³/h) até secar em julho de 2004.*
>
> *Esse impacto acentua-se quando a lavra da mina subterrânea, na área da Maria Cabeceira, atinge a falha/fratura abaixo da cota 640 metros, e imediatamente o córrego começa a diminuir em muito a vazão.*
>
> *(...)*
>
> *De um modo geral pode-se afirmar que os impactos sobre a disponibilidade hídrica do Aquífero Santa Cruz, na Morraria do Urucum, tem inicio a partir da mecanização da mina subterrânea de Manganês, que ocorre a partir de 1992. Dessa data em diante a mina passa a interferir sobre as reservas não renováveis de água subterrânea, a também chamada reserva geológica, até chegar ao ponto de secar as surgências que davam origem ao córrego, em maio de 2003. (*fls. 1.028/1.031)

O 4º relatório conjunto de vistoria elaborado pelo IBAMA e o DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral concluiu que:

> *"(...)*
>
> *Pelos dados apresentados no relatório sobre o modelo numérico do fluxo subterrâneo da morraria do Urucum, conclui-se que, efetivamente, o avanço da lavra subterrânea de manganês para o centro do morro, com o consequente rebaixamento do nível d'água do Aquífero Santa Cruz, foi o principal agente causador do desaparecimento da nascente do córrego Urucum."* (fls. 1.549)

Ora, analisando a vasta documentação acostada aos autos, indene de dúvidas quanto ao dano ambiental causado pela requerida com a exploração de sua atividade de lavra de manganês, pois devidamente comprovado que sua atividade interrompeu a vazão natural do córrego Urucum, causando prejuízo à fauna aquática e terrestre local, e também, prejuízo à flora e à todos os seres vivos que se beneficiavam com as suas águas, além dos assentados residentes próximos ao córrego.

Além do que, conforme estudo realizado no procedimento administrativo que acompanha a presente demanda, nota-se que ocorreu o dano em efeito cascata, na medida em que as consequências não se resumiram nas proximidades da mina de propriedade da requerida bem como do assentamento Urucum, eis que alcançou a Lagoa do Jacadigo que teve sua área diminuída em 98,98% entre o ano de 2000 e 2008, consoante se verifica às fls. 2.861/2.869.

Registre-se que dita lagoa está situada próxima a BR-262 em Corumbá, contornando o Maciço do Urucum e do Mutum, e as zonas pediplanadas que o envolvem, ou seja, encontra-se no Pantanal do Nabileque-Jacadigo em uma área de 15.273 km², de modo que a forma contínua de abastecimento dessa lagoa é o córrego Urucum, o qual encontra-se prejudicado. (f. 2.863)

De mais a mais, em uma avaliação de disponibilidade hídrica da bacia do Urucum realizada pela MDGEO Serviços de Hidrogeologia Ltda, contratada pela própria empresa requerida, ficou claro que a grande parte do fluxo fluvial do córrego Urucum está sendo utilizada pela mina de propriedade da requerida que promove o seu esgotamento mediante bombeamento, fato este que prejudica a vazão do córrego em questão, bem como afeta a qualidade da água que é devolvida à natureza e utilizada pelos moradores locais. Certifique-se: (3.458/3.501)

> *"A exploração de manganês na Morraria do Urucum vem sendo desenvolvida desde o princípio do século XX. Desde o início, a mina conviveu com a água subterrânea, promovendo o seu esgotamento mediante ao bombeamento. Com o avanço da mina para*

o interior do maciço a produção de água subterrânea foi incrementada gradualmente. Quando a mina atingiu a região das falhas associadas ao talvegue do córrego o aporte de água tornou-se bastante elevado, a partir de então se iniciou o monitoramento do desaguamento da mina.

Com o rebaixamento do nível d'água pela mina subterrânea, a geometria da zona saturada do aquífero foi alterada, a água infiltrada passou a convergir para o interior da mina subterrânea, inclusive o excedente de infiltração, que ocorria durante o período chuvoso. Como consequência disso, a reserva renovável do aquífero foi artificialmente aumentada.

(...)

Como constatado pelo modelo numérico, a vazão do Córrego Urucum é reduzida de uma vazão inicial de 1.104 m³/dia (46 m³/h) até secar em julho de 2004. Essa vazão inicial foi estimada considerando um valor 20% maior que a medida de vazão mais antiga que se tem notícia no córrego, no trabalho da Poligonal Engenharia Ltda. (POLIGONAL 1992)

Esse impacto acentua-se quando a lavra da mina subterrânea, na área da Maria Cabeceira, atinge a falha/fratura abaixo da cota 640 metros e, imediatamente, o córrego começa a diminuir em muito a vazão (...)"

Assim, tenho que restou demonstrado a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a atividade exercida pela requerida e o dano causado ao meio ambiente, uma vez que, desde longa data, a atividade de mineração exercida pela requerida vem prejudicando arduamente o curso hidrológico não só do córrego Urucum, mas também de todo o local, razão pela qual, impõe-se o dever de repará-lo.

Aliás como bem fundamentado pela Procuradoria-Geral de Justiça:

"Não se tem dúvidas que o dano causado e as consequências dele advindas jamais poderão ser revertidos completamente, porquanto o que o Meio Ambiente deixou de ganhar não poderá ser recuperado, uma vez que a preservação das nascentes está diretamente ligada à qualidade do habitat, ao aumento da umidade do ar e à manutenção de áreas tampões nos períodos de seca para a fauna e para a criação doméstica, além de garantir a disponibilidade de recursos hídricos para as gerações atuais e futuras (g.n.).

Portanto, devidamente comprovado o dano ambiental, resta evidente a obrigação de reparação da degradação, notadamente a de restituir no mínimo a vazão originária do Córrego Urucum, assim como a recuperação ambiental da lagoa do Jacadigo, após regular aprovação do PRADE pelo IBAMA, porquanto são incontáveis os impactos que a diminuição e interrupção definitiva da vazão do Córrego Urucum poderão causar ao Ecossistema local e ao Bioma Pantanal, sendo evidente também a responsabilização da empresa também pelos danos pretéritos, haja vista a impossibilidade de restituição do Meio Ambiente ao status quo ante." (fls. 3.952)

Além disso, cumpre destacar que apesar da requerida ter autorização ambiental para poder explorar sua atividade empresarial, tal fato por si só, não permite ao possuidor praticar seus atos de qualquer forma e a qualquer custo, ainda mais quando se trata de meio ambiente.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 282 DO STF. FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE E DA POSSE.

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO DANO AMBIENTAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DIREITO ADQUIRIDO DE POLUIR.

(...)

2. Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome.

(...)" (REsp 948921 SP 2005/0008476-9, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, publicado em 11/11/2009)

Registre-se que não cabe ao Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo, porém sua atuação deve ficar restrita ao controle da legalidade e da legitimidade do ato, o que ora se vê, na medida em que ficou cristalino a inobservância pela requerida das regras de proteção e conservação mínimas do meio ambiente.

De outro modo, o que se discute na presente demanda não é a regularidade das licenças ambientais concedidas pelos órgãos de regência para explorar a atividade empresarial, e sim, a existência de degradação ambiental decorrente da interrupção de vazão do Córrego Urucum decorrente da extração de minério de ferro que se encontra na superfície do Morro do Urucum e, extração de manganês através de perfurações no interior da referida Morraria numa verdadeira cadeia de túneis.

Outrossim, ainda que a requerida sustente que o Córrego Urucum secava após as captações de água realizadas pelos assentados e balneário, ficou evidente que o prejuízo ao meio ambiente foi ocasionado por sua conduta desidiosa.

Assim, constatado o dano ambiental e identificado o agente causador, impõe-se a responsabilização da requerida.

Sobre o tema, José Rubens Morato Leite menciona que:

"Para a efetivação da reparação integral do dano ambiental devem ser considerados todos os aspectos materiais, imateriais, reflexos diretos, indiretos no meio ambiente afetado, a privação da qualidade de vida, a privação envolvendo a não utilização do bem, ainda que provisória, para que se atinja a valoração dos bens que foram degradados. Para que a reparação se transforme em integral, há que se estabelecer a obrigação do causador de forma cumulativa, consistindo na obrigação de fazer, reparando o dano in natura, restaurando re restituindo os ecossistemas quando possível e, na impossibilidade, compensando; de não fazer, no sentido de que cesso a ação causadora do dano, a de indenizar os danos que sejam considerados irreparáveis e ainda os danos extrapatrimoniais, de modo que a dificuldade na valoração na recomposição do dano ambiental não deve importar em hipótese de irreparabilidade." (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano Ambiental: do Individual ao coletivo extrapatrimonial. 5. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 206-207.)

Entende Steigleder que:

"Confirmada a responsabilidade civil pela prática de um dano ambiental, impõe-se a sua reparação integral, que deve ser a mais abrangente possível de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica, levando-se em conta os fatores da singularidade dos bens atingidos, da impossibilidade de que quantificar o preço da vida, e, sobretudo,

> *que a responsabilidade ambiental deve ter um sentido pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade, de forma que todos possam aprender a respeitar o meio ambiente. O fundamento para que a reparação do dano ambiental seja integral decorre do princípio do poluidor-pagador, pelo que o responsável pela degradação ambiental deve internalizar todos os custos com prevenção e reparação dos danos ambientais."* (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. Ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. P. 211)

No caso em comento, restou demonstrado que em razão da atividade de exploração de minério pela empresa requerida, o córrego Urucum teve sua vazão diminuída a partir de maio de 2001 até secar em julho de 2004 e, que somente a partir de 2006 é que foi iniciado, pela requerida, o lançamento artificial de água por meio de uma adutora, proveniente do desaguamento da mina subterrânea de Manganês, conforme se verifica da análise do estudo hidrogeológico do Córrego Urucum, realizado pela Agência Nacional das Águas – ANA. (Ofício nº 10/2014/SIP-ANA, de 18/03/2014), às fls. 3.565/3.570. *Verbis*:

> *"(...) O estudo consta que o Córrego Urucum tem sua vazão reduzida a partir de meio/2001 até secar em julho de 2004. O impacto nessa redução de vazão, segundo os estudos, é acentuado, quando a lavra da mina subterrânea de manganês atinge a falha/ fratura na cota de 640 metros, quando o córrego começa a diminuir muito a vazão.*
>
> *(...)*
>
> *Próximo a esse ponto de monitoramento foi iniciado, em 2006, o lançamento artificial de água por meio de uma adutora, proveniente do desaguamento da mina subterrânea de Manganês.*
>
> *(...)*
>
> *O próprio modelamento feito com base no plano de lavra da mina subterrânea, apresentado pela Vale, mostra por meio da simulação, que haverá um incremento na produção de* ***água*** *da mina, ocasionada pela abertura de novas galerias, atingindo um valor máximo próximo de 7.000 m³/dia. Entretanto, após esse pico, segundo a modelagem a vazão produzida pela mina tende a decrescer até 2024, quando ocorrerá o esgotamento gradual da reserva do aquífero Santa Cruz."*

Conclui-se, portanto, que desde o ano de 2001, a biota, o fluxo gênico, as adjacências do Morro Urucum, a Baía do Jacadigo, vêm sofrendo consequências graves decorrentes da diminuição e interrupção da vazão do córrego Urucum, na medida em que a Mineradora requerida vem explorando a área para extração de minério de ferro que se encontra na superfície do Morro do Urucum e, extração de manganês por meio de perfurações no interior da referida morraria.

Constatou-se ainda, que a reserva hídrica, desde então, vem diminuindo gradativamente face a dita exploração, até secar quase que totalmente em julho de 2004. E mais, conforme apontado no estudo supramencionado, com a abertura de novas galerias pela empresa requerida, a produção de água será elevada para 7.000 m³/dia até 2016, porém, em 2024 a vazão produzida decrescerá à medida que for ocorrendo o esgotamento gradual da reserva geológica do Aquífero Santa Cruz.

Cumpre ressaltar que a água proveniente do desaguamento da mina era utilizada em parte do processo industrial pela requerida na proporção de 2/3, sendo que somente 1/3 era devolvido para o córrego Urucum, o que, por si só, não se mostra suficiente para recuperar a vazão do referido córrego.

Não bastasse isso, com o esgotamento da reserva geológica do Aquífero Santa Cruz, ocorrerá a interrupção definitiva da vazão natural e artificial do referido córrego bem como o desabastecimento da

população assentada. Assim, tendo em vista a impossibilidade de restituir o meio ambiente em seu *status quo ante*, impõe-se a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos ambientais pretéritos, com supedâneo no princípio da reparação integral.

Nesse sentido:

> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA.*
>
> *Área de preservação permanente. Não configurada a ilegitimidade passiva. A responsabilidade é solidária, recaindo sobre o poluidor direto, indireto ou em face de ambos. No mérito, não se verifica a ocorrência de fato modificativo ou extintivo do direito. As providências que foram tomadas pelo apelante decorreram de medida judicial, dada a concessão da liminar. Os danos ambientais foram constatados em perícia e ocorreram em diversos imóveis. Mantida a procedência da ação para que os danos sejam sanados. Em direito ambiental, prioriza-se a restauração in natura que, se insuficiente ou inviável, autoriza a indenização em dinheiro. Para a condenação ao pagamento de dano moral é necessária a procá de que houve grande repercussão ao abalo coletivo na comunidade em razão da degradação, o que não se demonstrou. Rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais."* (Apelação Cível nº 0006935-59.2010.8.26.0114, Des. Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 1ª Cârama Reservada ao Meio Ambiente, julgado em 18/06/2015, publicado em 19/06/2015) destaquei

No caso em apreço, tenho que a indenização fixada pela magistrada a quo em R$ 100.000,00 (cem mil reais), à titulo de dano ambiental pretérito, deve ser majorada para R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), uma vez que o dano ambiental em questão deu-se em grande extensão, ocasionado pela interrupção de vazão do Córrego Urucum em decorrência da atividade realizada pela empresa requerida.

Dano moral coletivo

Conforme expressamente preceituado pela Constituição Federal, *"as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".* (art. 225, §3º)

Já a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, menciona em seu artigo 4º, inciso VII que visará, *"à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".*

Por sua vez, o mesmo diploma legal, em seu artigo 14, § 1º, responsabiliza, objetivamente, o causador pela degradação da qualidade ambiental, vejamos:

> *"Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".*

Como se vê, aquele que pratica atividades consideradas lesivas ao meio ambiente responde, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados à coletividade, o que é o caso dos autos.

Como é cediço, todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Logo, é evidente que os danos ambientas decorrentes de sua degradação, que atinjam ou mitigam a qualidade de vida de todas as pessoas que residem na região afetada, causa ofensa a direitos difusos e coletivos, o que acaba por gerar a obrigação de reparação material e também na ordem moral.

Sobre o tema, Délton Winter de Carvalho leciona que os danos ambientais coletivos *"dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente lato sensu, repercutindo em interesses difusos, pois lesam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo"*. (A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 24, p. 197, 2001)

In casu, indene de dúvidas que a exploração de lavra exercida pela requerida afetou gradativamente a qualidade de vida da população do assentamento rural local, haja vista que foi a principal causadora da diminuição e interrupção da vazão do córrego Urucum, desde a sua nascente até a Lagoa do Jacadigo. Não bastasse isso, tais acontecimentos influenciaram negativamente no ecossistema de toda região, pois além de diminuir a disponibilidade de água potável para aquela região, afetou também a sua flora e a fauna.

Assim, restando comprovado a ocorrência do dano e do vínculo causal entre este e a atividade do poluidor, deve este, responder pelos danos morais coletivos a que deu causa.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial da Corte Superior:

> *"AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.*
>
> *1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.*
>
> *2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva.*
>
> *3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.*
>
> *4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.*
>
> *5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos*

*morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur." (*Recurso Especial Nº 1.269.494 - MG (2011/0124011-9), Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 24/09/2013)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.

3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.

4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido." (REsp 1367923 – RJ, Segunda Turma, Relator: ministro Humberto Martins, julgado em 27/08/2013, publicado em 06/09/2013).

Correção monetária

Argumenta o Ministério Público Estadual que o valor fixado a título de reparação do dano ambiental pretérito não deve ser corrigido a partir da sentença e sim, a partir do efetivo prejuízo.

Com efeito, quanto à incidência da correção monetária, a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve incidir a partir da data do efetivo prejuízo, nos termos da súmula 43 do STJ. Confira-se:

"Súmula 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo."

A propósito:

"APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO PÚBLICO. MEIO AMBIENTE. DANO POR INFRAÇÃO AMBIENTAL. TRANSPORTE DE LENHA DE MADEIRA. LICENÇAS EXIGÍVEIS. NORMAS APLICÁVEIS. DOF. VALIDADE DAS LICENÇAS EMITIDAS POR AUTORIDADES DOS ENTES FEDERADOS ATÉ A TOTAL INTEGRAÇÃO DO SISTEMA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

2. No caso concreto são devidos juros de 1% ao mês (art. 406 do CC), a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), corrigidos pelo IGP-M. Saliente-se que o IGP-M visa recompor as perdas inflacionárias, sendo mera reposição da moeda frente ***à*** *desvalorização, havendo pertinência no fato de ser aplicado o índice desde o momento em que se chegou a um valor monetário, evitando-se, com isso, a depreciação. Entretanto, no caso, o valor apurado deve ser o da data do evento danoso, pois dele ocorrerá a incidência da correção monetária. Ademais, não se pode pegar um valor apurado posteriormente para fazer incidir juros a partir de data anterior, o que configuraria enriquecimento sem causa do poder público. A necessidade de liquidação de sentença resta configurada. NEGADO PROVIMENTO*

AO RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME." (Apelação Cível Nº 70056465909, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 20/11/2013)

Assim, tenho que a sentença deve ser reformada nesta parte, devendo a correção monetária incidir a partir da data do efetivo prejuízo, ou seja, a partir do evento danoso, que no caso sub examine se deu em maio de 2001, quando então, a empresa requerida reduziu a vazão natural do Córrego Urucum.

Juros de mora

O Ministério Público Estadual apelante salienta que o termo inicial dos juros de mora aplicados ao dano ambiental pretérito e o dano moral coletivo devem ser computados a partir do evento danoso.

Com razão. Isso porque o termo inicial de contagem é o estabelecido pela Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça que assim preconiza: *"os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"*.

Mister se faça colacionar os seguintes julgados da Corte Superior neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. DANO AMBIENTAL. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Cotejando as premissas do acórdão estadual, constata-se que a análise da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

Os juros de mora, no caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito, fluem desde o evento danoso. Entendimento cristalizado na Súmula 54/STJ e no Recurso Especial n. 1.132.866/SP, julgado pela Segunda Seção sob o rito do art. 543-C do CPC.

A parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental não provido." (AgRg no Agravo Em Recurso Especial Nº 820.915 – MA, Quarta Turma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 02/02/2016)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. VALOR DA CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PETROBRÁS. ROMPIMENTO DO POLIDUTO "OLAPA" E VAZAMENTO DE ÓLEO COMBUSTÍVEL. DANO AMBIENTAL. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. TERMO INICIAL. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54/STJ. DECISÃO MANTIDA. (...)

"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula n. 54/STJ).

> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no Agravo Em Recurso Especial Nº 258.263-PR, Quarta Turma, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12/03/2013)

Assim, merece reforma a sentença que fixou o termo inicial de fluência dos juros moratórios aplicados ao dano ambiental pretérito e dano moral coletivo, a computar do trânsito em julgado, porquanto, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que estes devem incidir a partir do evento danoso. (Súmula 54 STJ)

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

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:

> *"EMENTA - 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 dos recursos, rejeito as preliminares e, no mérito, com o parecer, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para: a) majorar o *quantum* do dano ambiental pretérito para o importe de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais); b) determinar que o termo inicial da correção monetária do dano ambiental pretérito seja a partir da data do efetivo prejuízo (Súmula 43 STJ) e; c) determinar que os juros de mora aplicados ao dano ambiental pretérito e dano moral coletivo sejam fixados a partir do evento danoso (Súmula 54 STJ). Quanto ao recurso da empresa requerida, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator e o 1º vogal afastarem as preliminares, negarem provimento ao recurso de Mineração Corumbaense Reunida S/A e darem provimento ao apelo do Ministério Público.

VOTO (EM 04/10/2016)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Após ter vista dos autos e analisar com maior profundidade o busílis, hei por bem acompanhar o insigne Relator.

De forma breve - já que analisadas de forma primorosa pelo voto condutor -, afasto as prefaciais de inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a exordial atende aos requisitos do art. 295, do CPC/73, detendo o Ministério Público Estadual legitimidade para a propositura da presente ação, e o pedido é juridicamente possível.

Quanto ao mérito, reforço que a conduta considerada lesiva (degradação, poluição, etc) provocou dano ambiental difuso (macrobem ambiental) de tutela jurisdicional coletiva, sendo a pretensão à reparação imprescritível, porque relacionado à violação de bem jurídico indisponível.

Na situação *sub examine*, após restar constatado nos autos dos Inquéritos Civis n. 07/2001 e 01/1998, que a atividade de extração mineral de ferro e manganês promovida pela requerida estava causando degradação ambiental na região do Morro do Urubum, decorrente da interrupção da vazão do córrego Urucum, o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública requerendo a condenação da empresa ao pagamento de indenizações, além da imposição de obrigações visando recuperar o dano ambiental apurado.

As provas produzidas nos autos deixam extreme de dúvidas os danos ambientais causados pela empresa de mineração decorrentes da drástica redução no volume hídrico do Córrego Urucum que, inclusive, já se encontra seco em algumas regiões.

O prejuízo causado ao meio ambiente com a redução do volume de água é notório, bem como o prejuízo causado às localidades ribeirinhas, sendo que a farta a prova nesse sentido.

Evidenciado o dano, tem a requerida o dever de reparar a degradação, além de indenizar o dano moral coletivo, consoante precedente do STJ:

> *ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUÍDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL.*
>
> *1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pela supressão de vegetação típica de*

brejo sem autorização do órgão ambiental competente. O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual.

2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).

3. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que fixe, in casu, o quantum debeatur reparatório do dano já reconhecido no acórdão recorrido. (REsp 1255127/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016)

Feito este breve adendo, apto a justificar meu voto, acompanho o Preclaro Relator, inclusive para majorar o valor da indenização por dano ambienta, considerando a gravidade dos fatos comprovados nos autos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram as preliminares, negaram provimento ao recurso de Mineração Corumbaense Reunida S/A e deram provimento ao apelo do Ministério Público, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 04 de outubro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801133-56.2013.8.12.0009 - Camapuã
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – PROCESSO LICITATÓRIO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – CLÁUSULA QUE VEDAVA A SUBCONTRATAÇÃO DO SEU OBJETO – INOBSERVÂNCIA – EMPRESA VENCEDORA QUE SUBCONTRATOU OS SERVIÇOS – MÁ-FÉ EVIDENCIADA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO – COMPROVAÇÃO – APLICAÇÃO DAS PENALIDADES – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DOS REQUERIDOS DESPROVIDOS.

Constatado nas razões recursais que o apelante apresentou impugnação aos fundamentos da sentença, pleiteando sua reforma, rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade.

Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública exigem para a sua configuração a prova do elemento volitivo dos agentes públicos, ou seja, o dolo genérico ou a má-fé do administrador público no trato da coisa pública, haja vista que o objetivo precípuo da Lei de Improbidade (LIA) é combater e punir o administrador desonesto ou imoral no trato da coisa pública, e não sancionar o gestor sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos.

A licitação é o meio formal de contratação com a Administração Pública, garantindo, por meio de seu rigoroso procedimento, a preservação do interesse público e prevenindo a ocorrência de qualquer ato irregular tendente a prejudicar o erário. Logo, a Administração Pública e às empresas licitantes não podem descumprir as normas legais e as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Comprovado nos autos a atitude dolosa da empresa vencedora do certame, consistente em subcontratar os serviços de transporte escolar, violando assim expressa previsão editalícia, resta configurado o ato de improbidade administrativa, mormente porque tinha pleno conhecimento de tal proibição, e mesmo assim recrutou e contratou 19 (dezenove) pessoas físicas para a execução do serviço.

As sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, devem ser fixadas com base na extensão do dano causado, bem como no proveito patrimonial obtido pelo agente, respeitando aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Reconhecido o ato ímprobo, impõe-se a aplicação da multa no valor equivalente a 1 (um) mês do serviço prestado, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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, afastar a preliminar, dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e negar provimento ao recurso de Daniel Cury de Lacerda ME e Getúlio Furtado Barbosa, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Daniel Cury de Lacerda ME e Getúlio Furtado Barbosa, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Camapuã, nos autos da ação civil pública por Ato de Improbidade Administrativa em que aquele move em face destes, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a presente demanda para:

> *"1) Condenar a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.*
>
> *2) Condenar o requerido Getúlio Furtado Barbosa no pagamento de multa civil, no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente na época do fato."* (fls. 2204)

Do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual

Alega que a sentença recorrida merece reforma, a fim de que aos apelados sejam aplicadas as sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, dentro das balizas gizadas pelo seu inciso II e III, visto que reconhecida a prática, por ambos, de atos de improbidade administrativa capitulados pelo art. 10 do mesmo diploma legal.

Relata que a sanção de perda de função pública mostra-se inviável, uma vez que o primeiro apelado (Getúlio Furtado Barbosa) não mais ocupa qualquer cargo público, e a segunda apelada (empresa Daniel Cury de Lacerda-ME) jamais ocupou.

Afirma que a condenação de multa civil no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo requerido Getúlio Furtado Barbosa na época em que era Prefeito Municipal, e da proibição da requerida Daniel Cury de Lacerda-ME de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente pelo prazo de cinco anos, deverão agregar-se o pagamento de multa civil da apelada Daniel Cury de Lacerda-MS, ressarcimento integral do dano de ambos os apelados e a suspensão dos direitos políticos do apelado Getúlio Furtado Barbosa (de 8 à 10 anos).

Em contrarrazões, o apelado Getúlio Furtado Barbosa, manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2264/2269)

Em contrarrazões, os apelados São Bento Transportes e Locadora de Veículos e Sérvios Ltda, suscitam preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, manifestam-se pelo seu desprovimento. (fls. 2281/2287)

Em contrarrazões, a apelada Daniel Cury de Lacerda - ME, suscita preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, manifesta-se pelo seu desprovimento. (fls. 2288/2294)

Do recurso interposto por Getúlio Furtado Barbosa

Sustenta que a época em que a empresa Daniel Cury foi contratada para prestar serviços de transporte escolar não existia empresa especializada e estruturada neste ramo de trabalho no Município de Figueirão.

Expõe que a empresa requerida já prestava este tipo de trabalho para o Estado de Mato Grosso do Sul, bem como atendia através da contratação direta com o Estado e o próprio Município de Figueirão, sendo que certamente por este fato, a empresa Daniel Cury se interessou, participou e logrou-se vencedora do certame licitatório, seguindo rigorosamente os ditames da Lei de Licitações.

Explica que a subcontratação do objeto licitado não configura conduta de improbidade.

Explana ser lícito ao contratado, sem prejuízo de suas responsabilidades contratuais e legais, subcontratar partes do contrato. E mais, a ilegalidade só converte em improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvados pela má intenção do administrador, o que não restou configurado no presente caso.

Explica que a educação é um serviço essencial, e naquela ocasião deveria, assim como o administrador, garantir o acesso de mais de 1.000 (mil) crianças que moram na zona rural às salas de aula, assim, a conduta de ter permitido a subcontratação para garantir serviço essencial ao cidadão não configura conduta de improbidade, eis que ausente os elementos configurados da improbidade.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2271/2280)

Do recurso interposto por Daniel Cury de Lacerda ME

Assevera que o fato de ser a única participante do processo licitatório para o transporte escolar daquele ano, deve-se ao fato de não haver, à época, empresas com porte nesse serviço na região do município.

Explana que *"em contratos com outros municípios, nunca houve problema em subcontratar o serviço, sendo esta a primeira vez que enfrenta uma ação desse gênero, o que a levou ao equívoco de, acreditando que, por não haver problema em subcontratar a prestação de serviço para um município, não haveria problema em subcontratar para o outro. No caso, houve ingenuidade, o que é substancialmente diverso da má-fé ou do dolo."*

Alega que não houve qualquer dano ao erário, muito menos má-fé na sua atitude em subcontratar os serviços, não passando de um mero equívoco, a qual, tornou a conduta ilegal, mas nunca dolosa.

Reverbera que se mostra desarrazoada a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 5 (cinco) anos, pois, ainda que o magistrado singular tenha vislumbrado má-fé nas suas atitudes, restou cabalmente incontroverso a inocorrência de lesão ao patrimônio público.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2271/2280)

A Procuradoria-Geral de Justiça, manifesta-se pelo desprovimento dos recursos manejados por Getúlio Furtado Barbosa e Daniel Cury de Lacerda-ME e, pelo parcial provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual. (fls. 2310/2326)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Daniel Cury de Lacerda ME e Getúlio Furtado Barbosa, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Camapuã, nos autos da ação civil pública por Ato de Improbidade Administrativa em que aquele move em face destes, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a presente demanda para:

> *"1) Condenar a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.*
>
> *2) Condenar o requerido Getúlio Furtado Barbosa no pagamento de multa civil, no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente na época do fato."* (fls. 2204)

Segundo a inicial, o Ministério Público Estadual, por meio das investigações realizadas no Inquérito Civil nº 005/2011, apurou a existência de irregularidades na concessão de linhas de transporte escolar, mediante contratação de particulares na administração do Ex-Prefeito Getúlio Furtado Barbosa.

Alegou que a primeira irregularidade consistiu no contrato de nº 002/2009, firmado entre o Ex-prefeito com a empresa Daniel Cury de Lacerda ME, para a prestação do serviço no ano de 2009, uma vez que, após esta lograr sucesso no processo licitatório nº 122/2009, em disputa sem concorrentes, subcontratou todas as linhas de transporte escolar do Município de Figueirão, contudo o edital alusivo a tal licitação, previa em seu item 4.3 que não era permitida a subcontratação total ou parcial de seu objeto.

Com relação ao contrato nº 009/2010 firmado com a empresa São Bento Transportes Ltda, para a prestação do serviço no ano de 2010, constatou-se que, ao contrário do valor consignado no referido contrato (R$ 540.484,00), a administração municipal empenhou a quantia de R$ 581.224,00 (quinhentos e oitenta e um mil, duzentos e vinte e quatro reais).

Relatou que referente ao contrato nº 010/2009, firmado com a empresa HWR Locadora de Veículos Ltda, para prestação do serviço no ano de 2010, ficou detectado Notas de Empenho em favor deste que, somadas, totalizaram R$ 49.288,17, sem que tivesse sido localizado qualquer Termo Aditivo a justificar o incremento do valor do contrato.

Sustentou que, quanto ao contrato nº 011/2011, firmado com a empresa Z. Paes Rodrigues ME, para prestar o serviço de transporte escolar durante o ano de 2011, não foi encontrado irregularidade nos 07 (sete) Termos Aditivos que foram entabulados durante sua execução, todavia, o estudo realizado pela perita do DAEX assinalou que tais aditivos implicaram no acréscimo de empenhos que totalizaram R$ 138.841,05 (cento e trinta e oito mil, oitocentos e quarenta e um reais e cinco centavos), majorando-se em

11% (onze por cento) o valor primitivo do contrato, sem que fossem adotadas, pelo ordenador de despesas, as providências dos arts. 15/17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, ingressou com a presente demanda visando a condenação dos requeridos nas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Os requeridos foram notificados e apresentaram defesa preliminar às fls. 1.454/1.477, 1.482/1.594, 1.596/1.766 e 1.768/1.926, com exceção da requerida Z. Paes Rodrigues ME, que deixou transcorrer *in abis* o prazo. (fls. 1.927)

Pela decisão de fls. 1.928, foi recebida a inicial e determinada a citação dos requeridos.

Citados, os requeridos apresentaram contestação: Getúlio Furtado Barbosa às fls. 1.942/1.952; Daniel Cury de Lacerda ME às fls. 1.956/1.976; Z Paes Rodrigues ME às fls. 1.977/1.983; São Bento Transportes e Serviços LTDA ME às fls. 1.987/2.006 e; HWR Locadora de Veículos e Serviços LTDA ME às fls. 2.007/2.026.

O Ministério Público Estadual apresentou impugnação às fls. 2.029/2.043.

O magistrado a quo determinou a intimação das partes para, no prazo de 10 dias, especificarem as provas que pretendessem produzir, justificando-as quanto à necessidade e pertinência, sob pena de preclusão e indeferimento. (fls. 2.044)

O Ministério Público informou não ter interesse na produção de outras provas, além das que já instruíram os autos. (fls. 2.046)

A empresa Daniel Cury de Lacerda ME requerida, mencionou desinteresse na produção de outras provas, além das já constantes nos autos. (fls. 2.062/2.063)

A requerida Z. Paes Rodrigues ME manifestou-se às fls. 2.064, aduzindo não ser parte legítima para adotar as providências do artigo 15/17 da Lei 101/2000.

As empresas HWR Locadora de Veículos e Serviços LTDA e São Bento Transportes e Serviços LTDA, postularam pela prova pericial e testemunhal. (fls. 2.066/2.067)

O magistrado singular afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela requerida Z. Paes Rodrigues ME, bem como deferiu a produção de prova testemunhal pleiteada pelas requerida HWR Locadora de Veículos e Serviços Ltda ME e São Bento Transportes e Serviços LTDA, porém indeferiu a prova pericial. (fls. 2.077)

Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas as testemunhas Cristiane Rodrigues de Freitas e Neilo Souza Cunhas, tendo havido dispensa das demais testemunhas. (fls. 2.133)

O requerido Getúlio Furtado Barbosa apresentou alegações finais às fls. 2.140/2.149.

A empresa Z. Paes Rodrigues ME requerida ratificou tudo que foi discorrido na contestação, pugnando pela improcedência total do pedido. (fls. 2.150)

A empresa requerida Daniel Cury Lacerda ME apresentou alegações finais às fls. 2.157/2.159.

O Ministério Publico Estadual ofereceu memoriais às fls. 2.160/2.173.

A requerida São Bento Transportes e Serviços Ltda ME apresentou alegações finais às fls. 2.174/2.180.

A empresa requerida HWR Locadora de Veículos e Serviços Ltda ME ofertou alegações finais às fls. 2.181/2.186.

Em sentença proferida, o magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial para:

> *"1) Condenar a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.*
>
> *2) Condenar o requerido Getúlio Furtado Barbosa no pagamento de multa civil, no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente na época do fato.*
>
> *Outrossim, deixo de condenar os requeridos no ressarcimento do dano, uma vez que entendo que não houve danos materiais ao ente municipal, mormente porque os serviços de transporte escolar contratados foram efetivamente prestados.*
>
> *Condeno os requeridos Getúlio Furtado Barbosa e Daniel Cury de Lacerda-ME no pagamento das custas e despesas processuais."* (fls. 2.187/2.205).

Irresignadas, as partes recorrem a esta Corte visando a reforma da sentença.

Do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual

Alega que a sentença recorrida merece reforma, a fim de que aos apelados sejam aplicadas as sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, dentro das balizas gizadas pelo seu inciso II e III, visto que reconhecida a prática, por ambos, de atos de improbidade administrativa capitulados pelo art. 10 do mesmo diploma legal.

Relata que a sanção de perda de função pública mostra-se inviável, uma vez que o primeiro apelado (Getúlio Furtado Barbosa) não mais ocupa qualquer cargo público, e a segunda apelada (empresa Daniel Cury de Lacerda-ME) jamais ocupou.

Afirma que à condenação de multa civil no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida pelo requerido Getúlio Furtado Barbosa na época em que era Prefeito Municipal, e da proibição da requerida Daniel Cury de Lacerda-ME de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente pelo prazo de cinco anos, deverão agregar-se o pagamento de multa civil da apelada Daniel Cury de Lacerda-MS, ressarcimento integral do dano de ambos os apelados e a suspensão dos direitos políticos do apelado Getulío Furtado Barbosa (de 8 à 10 anos).

Em contrarrazões, o apelado Getúlio Furtado Barbosa, manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2264/2269)

Em contrarrazões, os apelados São Bento Transportes e Locadora de Veículos e Sérvios Ltda, suscitam preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, manifestam-se pelo seu desprovimento. (fls. 2281/2287)

Em contrarrazões, a apelada Daniel Cury de Lacerda - ME, suscita preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, manifesta-se pelo seu desprovimento. (fls. 2288/2294)

Do recurso interposto por Getúlio Furtado Barbosa

Sustenta que a época em que a empresa Daniel Cury foi contratada para prestar serviços de transporte escolar não existia empresa especializada e estruturada neste ramo de trabalho no Município de Figueirão.

Expõe que a empresa requerida já prestava este tipo de trabalho para o Estado de Mato Grosso do Sul, bem como atendia através da contratação direta com o Estado o próprio Município de Figueirão, sendo que certamente por este fato, a empresa Daniel Cury se interessou, participou e logrou-se vencedora do certame licitatório, seguindo rigorosamente os ditames da Lei de Licitações.

Explica que a subcontratação do objeto licitado não configura conduta de improbidade.

Explana ser lícito ao contratado, sem prejuízo de suas responsabilidades contratuais e legais, subcontratar partes do contrato. E mais, a ilegalidade só converte em improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvados pela má intenção do administrador, o que não restou configurado no presente caso.

Explica que a educação é um serviço essencial, e naquela ocasião deveria, assim como o administrador, garantir o acesso de mais de 1.000 (mil) crianças que moram na zona rural às salas de aula, assim, a conduta de ter permitido a subcontratação para garantir serviço essencial ao cidadão, não configura conduta de improbidade, eis que ausente os elementos configurados da improbidade.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2271/2280)

Do recurso interposto por Daniel Cury de Lacerda ME.

Assevera que o fato de ser a única participante do processo licitatório para o transporte escolar daquele ano, deve-se ao fato de não haver, à época, empresa com porte nesse serviço na região do município.

Explana que:

> *"em contratos com outros municípios, nunca houve problema em subcontratar o serviço, sendo esta a primeira vez que enfrenta uma ação desse gênero, o que a levou ao equívoco de, acreditando que, por não haver problema em subcontratar a prestação de serviço para um município, não haveria problema em subcontratar para o outro. No caso, houve ingenuidade, o que é substancialmente diverso da má-fé ou do dolo."*

Alega que não houve qualquer dano ao erário, muito menos má-fé na sua atitude em subcontratar os serviços, não passando de um mero equívoco, a qual, tornou a conduta ilegal, mas nunca dolosa.

Reverbera que se mostra desarrazoada a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 5 (cinco) anos, pois, ainda que o magistrado singular tenha vislumbrado má-fé nas suas atitudes, restou cabalmente incontroverso a inocorrência de lesão ao patrimônio público.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 2271/2280)

A Procuradoria-Geral de Justiça, manifesta-se pelo desprovimento dos recursos manejados por Getúlio Furtado Barbosa e Daniel Cury de Lacerda-ME e, pelo parcial provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual. (fls. 2310/2326)

Inicialmente, é oportuno registrar que o julgamento do recurso será feito de acordo com o novo Código de Processo Civil, uma vez que a sentença dos embargos de declaração foi prolatada no dia 13/05/2016.

Nessa linha é o Enunciado Administrativo nº 3 do STJ:

> *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativo a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC."*

Dito isso, passo a análise da preliminar suscitada nas contrarrazões.

Afirmam os requeridos que o recurso não pode ser conhecido, tendo em vista a ofensa ao princípio da dialeticidade.

O princípio da dialeticidade consiste no ônus do recorrente motivar o recurso no ato da interposição, apontando as razões de seu inconformismo com a decisão impugnada, trazendo para isso subsídios à reforma, invalidação ou integração do ato.

Relativamente ao recurso de apelação, encontra-se disciplinado no art. 1.010, II do CPC, *in verbis*:

> *"A apelação, interposta por petição dirigida ao Juízo de primeiro grau, conterá:*
>
> *(...)*
>
> *II – a exposição do fato e do direito;"*

Araken de Assis leciona que:

> *"Entende-se por princípio da dialeticidade o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato de interposição (...) O fundamento do princípio da dialeticidade é curial. Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in iudicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, caput). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta de motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal"* (*In* Manual dos Recursos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 94/96).

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz asseveram que:

> *"É absolutamente correta a exigência de que as razões do recurso guardem estreita relação com o ato judicial impugnado, pois a própria finalidade dos recursos é permitir ao cidadão criticar os provimentos públicos. Visualizado o procedimento recursal, as razões recursais que transcrevem manifestação pretérita carecem de atualidade, tornando inepta a petição de insurgência. (...) Em todas essas situações, o recorrente perde uma excelente oportunidade de levar o debate ao órgão ad quem, pela sua própria incúria. Por tal motivo, restando prejudicado o debate na instância recursal, correto o juízo negativo de admissibilidade". (In* Manual dos Recursos Cíveis, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 116-117.)

Interessante transcrever a citação de Nelson Nery Junior trazida por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> *"Princípio da dialeticidade. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, tratasse de princípio ínsito a todo processo, que é essencialmente dialético"* (Curso de Direito Processual Civil, 4ª ed. Salvador: Podium, 2007, v. 03, p. 55)

No caso dos autos, o Ministério Público Estadual recorrente impugnou de forma específica a sentença, pois manifestou seu inconformismo com a parcial procedência do pedido formulado na inicial, sustentando que, diante das circunstâncias do caso em comento, o grau de culpabilidade dos agentes e a repercussão do ato de improbidade, é possível a aplicação cumulativa das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei Federal nº 8.429/1.992.

Logo, não vislumbro a aventada afronta ao princípio da dialeticidade.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Passo a análise conjunta dos recursos.

Com efeito, é consabido que o ato de improbidade administrativa configura um ato de imoralidade qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração Pública.

Nessa medida, a Lei de Improbidade Administrativa - nº 8.429/92 (LIA) classifica os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) os que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causem prejuízo ao erário (art. 10) e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais condutas podem ser apenadas com as sanções previstas no art. 12 da LIA consistentes em: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

É dizer, portanto, que o legislador estabeleceu expressamente as sanções de acordo com as circunstâncias que envolvem o ato ímprobo. Assim, não pode o julgador aplicar pena diversa da que estabelecida naquele dispositivo legal.

De igual modo, de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da lei referida (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), faz-se necessário a prova do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, a culpa do agente envolvido.

Já no que tange aos tipos previstos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), este último que se refere ao presente caso, é imprescindível a comprovação do elemento volitivo (dolo) do agente (critério subjetivo). *Isso é assim porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade*, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores públicos. (REsp 1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).

A propósito:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. A hipótese em questão diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face de agente penitenciário, pela suposta prática de ato ímprobo, consistente na permissão para que um albergado masculino dormisse na cela da ala feminina junto de outras detentas, mediante recebimento e quantia, bem como teria requerido empréstimo de um albergado, além de comunicar indevidamente falta disciplinar de um detento.*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas no s artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.*
>
> *3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.*
>
> *(...)*
>
> *6. Agravo regimental não provido".* (AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11, incisos II e VI, da LIA) exigem para a sua configuração a prova do elemento volitivo dos agentes públicos, ou seja, o dolo genérico ou a má-fé do administrador público no trato da coisa pública, haja vista que o objetivo precípuo da Lei de Improbidade (LIA) é tão somente *combater e punir o administrador desonesto ou imoral* no trato da coisa pública, e não sancionar o gestor sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos. Confira-se:

> *"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. 3.* ***É que «o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo****, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611)."****De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado****"* (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006) (grifei)

> *"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.*
>
> *2. Na espécie, o Tribunal de origem, mantendo a sentença que afastou a improbidade administrativa, concluiu que não ficou demonstrado que a conduta dos recorridos, qual seja, a compra de 2 ambulâncias em vez de uma unidade móvel de saúde (tipo ônibus), se enquadrasse nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei 8.429/92, pois não comprovado o dolo ou a culpa grave dos agentes, tampouco enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública.*
>
> *3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "**a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico**"* (EREsp 772.241/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos EREsp 1.260.963/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, Dje 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012. Incidência da Súmula 83/STJ.
>
> *Agravo regimental improvido".*(AgRg no AREsp 634.738/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) (grifei)

Demais disso, segundo estabelece o art. 5º da referida Lei de Improbidade Administrativa: "*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*".

Por aí se vê que, para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública é necessária a prova do dolo ou má-fé dos ex-agentes públicos e também a prova da lesão cometida ao erário público, especialmente porque se trata de demanda de cunho meramente reparatório.

Sobre o tema:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO ÀS PENAS DO ART. 12, INCISOS I E II. FALTA DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO ÀS PENAS DO INCISO III. NECESSIDADE DE PROVA DE DANOS AO ERÁRIO. IMPOSSIBLIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM DANO PROVÁVEL. DESVIO DE RECURSOS NÃO DEMOSTRADO. 1. É imprescindível, para que se configure o dever do agente público de indenizar o patrimônio público, a ocorrência de dano real, isto é, aquele comprovado. 2. Os limites da lide são postos na inicial. É evidente que os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito ou lesão ao erário são simultaneamente atos que violam princípios da administração pública, contudo, o Ministério Público deveria ter postulado pedido de reserva subsidiário previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. 3. O único fato demonstrado foi a não prestação de contas do ex-gestor municipal. Positivado o cumprimento dos objetivos do convênio, sem qualquer desvio de recursos. 4. Apelações e remessa oficial improvidas".* (TRF-1 - AC: 799 TO 2001.43.00.000799-8, Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz, Data de Julgamento: 23/09/2008, Quarta Turma, Data de Publicação: 09/10/2008 e-DJF1 p.207)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/1992. AUSÊNCIA DE PROVA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO E MÁ-FÉ DO AGENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DO AUTOR. I. A demonstração de dolo e má-fé por parte do agente público constitui pressuposto de caracterização do ato ímprobo, sendo ônus da parte autora a indicação e comprovação desses elementos subjetivos essenciais para a condenação por improbidade administrativa. II. As condutas previstas no art. 10 da Lei nº 8.429/93 reclamam a ocorrência de dano ao erário, não sendo razoável que a existência de irregularidades, eventualmente cometidas na publicação do edital de abertura de licitação, possam simples e puramente ser punidas como ato de improbidade, mormente se ocorreu a publicação do edital em jornal de grande circulação na região, bem como no Diário Oficial do Estado, revelando prova de boa-fé do agente público no procedimento licitatório. III. Segundo a jurisprudência do STJ, não é todo ato irregular ou ilegal que será capaz de configurar ato de improbidade, devendo haver, para a configuração das hipóteses previstas no art. 10 e 12 da Lei 8.429/92, a efetiva ocorrência de dano ao erário; e, para aquelas enumeradas no art. 11, a comprovação do dolo e má-fé, bem como a ocorrência de desonestidade ou imoralidade no trato da coisa pública, não devendo, portanto, a lei em questão ser aplicada ao administrador inábil ou despreparado, mas ao desonesto e corrupto. IV. Apelação conhecida e desprovida".* (TJ-MA - APL: 0289662011 MA 0005040-60.2009.8.10.0044, Relator: Jaime Ferreira De Araújo, Data de Julgamento: 24/09/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 25/09/2013)

Pois bem. É consabido que a licitação é meio formal de contratação com a Administração Pública, garantindo, por meio de seu rigoroso procedimento, a preservação do interesse público e prevenindo a ocorrência de qualquer ato irregular tendente a prejudicar o erário.

Desse modo, o descumprimento das cláusulas constantes no seu edital implica inabilitação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

> *"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."*

Percebe-se que o artigo supramencionado estabeleceu como princípio norteador fundamental do procedimento licitatório, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho discorre que *"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa e judicial".* (Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A. 2012, 244)

Com efeito, o art. 41, da Lei 8.666/93 estabelece que *"a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada."*

Logo, dúvidas não há que é vedada a Administração Pública e às empresas licitantes descumprirem as normas legais, bem como as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. REQUISITOS DO EDITAL. INOBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO.*
>
> *O edital é a lei interna do procedimento licitatório, não pode ser descumprido pela Administração e deve ser observado por todos os licitantes para que concorram em igualdade de condições. Agravo de instrumento provido." (Agravo de Instrumento Nº 70058222548, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 30/04/2014)*
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. ATO DO PREGOEIRO. HABILITAÇÃO DE LICITANTE EM DESACORDO COM O EDITAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.*
>
> *O Edital como "lei interna" da licitação deve sobrepor-se aos interessados de forma a assegurar a lisura, transparência e isonomia no que diz respeito ao cumprimento dos seus requisitos e exigências, tudo direcionado ao interesse público. Recursos não providos."* (Apelação Cível nº 0148397-26.2008.8.26.0000, Rel. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 28/05/2013)

No caso em comento, a Prefeitura Municipal de Figueirão, por meio do então prefeito municipal Sr. Getúlio Furtado Barbosa, abriu processo licitatório nº 100/2009, que tinha como objeto a contratação de empresa para prestação dos serviços de transporte escolar dos alunos da zona rural e urbana da rede pública, bem como a mão-de-obra necessária a execução – motoristas e monitores, de forma contínua, de acordo com as disposições constantes no instrumento convocatório.

O Edital alusivo à referida licitação, previa em seu item 4.3 que: *"não será permitida a participação de empresas em consórcio ou grupos de firmas no Presente Pregão, a cessão, transferência e a subcontratação total ou parcial de seu objeto"*. (fls. 507) - destaquei

No dia 05 de fevereiro de 2009, foi realizado o pregão na cidade de Figueirão/MS, sendo a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME, a única participante e, por conseguinte, a vencedora. (fls. 568)

No mesmo dia em que foi realizado o pregão e, após a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME ter sido declarada vencedora, o Município de Figueirão, por meio do Sr. Getúlio Furtado Barbosa, firmou o contrato de prestação de serviço com a vencedora. Ocorre que a empresa requerida, descumprido as exigências previstas no Edital licitatório, subcontratou o serviço de transporte escolar de todas as 19 (dezenove) linhas objeto do certame para terceiras pessoas, conforme documentos acostados às fls. 1103/1108, 1119/1122, 1132/1136, 1144/1149, 1162/1167, 1179/1182, 1191/1196, 1205/1211, 1221/1225, 1235/1240, 1249/1254, 1262/1267, 1276/1281, 1292/1297, 1307/1312, 1320/1325, 1335/1340, 1349/1354 e 1362/1367.

Ora, é evidente a atitude dolosa da empresa requerida, apta a configurar ato de improbidade administrativa, na medida em que tinha pleno conhecimento de que o edital do processo licitatório vedava expressamente a subcontratação total ou parcial de seu objeto, no caso, a prestação de serviço de transporte escolar e, mesmo assim, a empresa requerida não respeitou os dispositivos previstos no certame, pois recrutou e contratou 19 (dezenove) pessoas físicas para a execução do serviço.

Ademais, como bem fundamentado pelo magistrado a quo *"estranhamente, no mesmo dia em que venceu a licitação a demandada recrutou e contratou 19 (dezenove) pessoas físicas para a execução do serviço de transporte escolar no Município de Figueirão, deixando, evidente, que tinha prévio conhecimento que venceria o certame"*. (fls. 2.195)

Aliás, a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou no mesmo sentido, vejamos:

> *"Razão assiste ao Juiz da instância singela. Com efeito, no caso, não se pode desconsiderar o fato de que a recorrente celebrou os citados instrumentos de subcontratação tão logo se sagrou vencedora do certame, ou seja, participou da concorrência já ciente de que não teria condições de prestar os serviços, tanto que as prontas subcontratações demonstram que já havia escolhido as outras empresas que fariam o transporte dos estudantes, não havendo de se falar, destarte, em ausência de dolo ao burlar o edital, ao contrário, restou clara a premeditação."* (fls. 2.318)

Ora, a partir do momento em que a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME se inscreveu para participar do referido processo licitatório, obviamente aceitou os termos e regras que regiam o edital do certame, de forma que não poderia descumprir o exposto no instrumento editalício.

E mais, resta evidente a má-fé da requerida, pois conforme dito anteriormente, a partir do momento em que se sagrou vencedora do pregão, subcontratou a prestação de serviço, restando claramente indícios da existência de prévio acordo entre as outras empresas de transportes, conduta esta que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Não bastasse isso, dúvidas não há que a conduta perpetrada pela empresa requerida causou dano ao erário, uma vez que não se mostra coerente ganhar uma licitação e logo em seguida delegar os serviços prestados sem obter qualquer lucro, *"sendo verossímil que tenha subcontratado as outras empresas por valores que, se somados, perfariam um montante menor que o valor total do contrato firmado com a Administração Pública, auferindo assim o lucro gerado pela diferença entre o que recebeu e pagou às terceiras, pois do contrário, não faria qualquer sentido sua participação no certame, mormente porque já sabia que não possuía condições de cumprir as exigências do edital."* (fls. 2.322)

Destarte, pode-se dizer que a empresa requerida enriqueceu-se ilicitamente em detrimento da Administração Pública, na medida em que auferiu renda por um serviço que por ela não foi prestado, conforme previa o contrato.

Do mesmo modo, restou configurado ato ímprobo do apelante Getúlio Furtado Barbosa, porquanto como gestor municipal à época dos fatos, deveria ter adotado providências necessárias para o estrito cumprimento das regras editalícias, e na impossibilidade, a rescisão do contrato entabulado com a empresa apelante, conforme preconiza o art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993. *Verbis*:

> *"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
>
> *(...)*
>
> *VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;"*

Contudo não o fez, pelo contrário, permitiu que a empresa requerida executasse o contrato entabulado ao arrepio do que previa o edital do certame.

No que tange a insurgência do Ministério Público Estadual apelante, a fim de que sejam aplicadas cumulativamente aos requeridos, as sanções previstas nos incisos II e III do art. 12 da LIA, tenho que merece parcial provimento o recurso.

Com efeito, é cediço que as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, devem ser fixadas com base na extensão do dano causado, bem como no proveito patrimonial obtido pelo agente, respeitando aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido:

> *"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL QUE REFUTA A EXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMETIDO PELO AGENTE POLÍTICO E ALMEJA A REVISÃO DAS PENAS APLICADAS – DOSIMETRIA DAS PENAS REVISTAS – ADEQUAÇÃO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *O magistrado norteando-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve aplicar as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92 de forma proporcional, verificando a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido por cada agente ímprobo ou terceiro, tal como prevê o parágrafo único, do dispositivo supracitado."* (Agravo Regimental - Nº 0000996-26.2007.8.12.0007/50001, Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 2ª Câmara Cível, jul. 17 de dezembro de 2013)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX-PREFEITO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ARTIGO 11, DA LIA – APLICAÇÃO DAS PENALIDADES – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO PERÍODO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E APLICAÇÃO CUMULATIVA DA MULTA CIVIL – REJEITADO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Caracterizada a infração ao artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, a aplicação da pena deve ser feita nos termos do seu artigo 12, inciso III, mediante processo de individualização da pena e respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*
>
> *Deve ser mantida a sanção imposta na sentença se as circunstâncias peculiares do caso fático não exigem a necessidade de majoração do período de suspensão dos direitos políticos e aplicação cumulativa da pena de multa."* (Apelação Cível nº 0001485-70.2011.8.12.0024, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, jul. 19 de novembro de 2013)
>
> *"AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REJEITADA A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 8.429/92 EM RAZÃO DO JULGAMENTO DA ADI Nº 2128/STF – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO – APELAÇÃO – UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO EM OPERAÇÃO POLICIAL PARA FINS PARTICULARES – VIOLAÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA – EXCLUÍDA A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – MANUTENÇÃO DA MULTA CIVIL – RECURSO PROVIDO EM PARTE."* (Apelação Cível nº 0001847-81.2006.8.12.0013, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, julg. 15 de outubro de 2013)

No caso sub examine, dúvidas não há quanto a conduta ímproba dos requeridos Getúlio Furtado Barbosa e Daniel Cury de Lacerda-ME, contudo, em que pese a gravidade dos atos em questão, não se mostra cabível a condenação ao ressarcimento integral do dano causado, pois além de não ser possível saber

com exatidão o montante do dano, restou incontroverso nos autos que os serviços de transporte escolar foram efetivamente prestados durante o período da contratação, ainda que de forma irregular.

No que tange ao pedido de condenação de suspensão dos direitos políticos ao requerido Getúlio Furtado Barbosa tenho que não merece guarida a sua pretensão, isso porque é necessário que o julgador atue com moderação, atento aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de punir ações menos gravosas de forma extremamente severa, o que tornaria a aplicação da Lei em comento, desproporcional ao ilícito cometido.

Não é possível valer-se das pesadas penalidades previstas na lei de forma indiscriminada, de modo a adotar procedimento idêntico em face de agentes públicos que causarem sérios gravames à Administração e outros que, embora se desviem da legalidade e da moralidade, o façam de forma menos gravosa.

Assim, levando em consideração o grau de reprovação da conduta do demandado, tenho que não deve ser aplicada a pena de suspensão dos direitos políticos.

Por outro lado, quanto ao pedido da condenação da requerida Daniel Cury de Lacerda-ME ao pagamento de multa civil, tenho que assiste razão o *paquet*.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira *"a multa civil tem como principal função desestimular a prática de atos de improbidade administrativa, como forma de lição a todos de que, além de todas as demais penas, tal espécie de ato terá repercussão no patrimônio do agente ímprobo pela condenação ao pagamento da multa"*. (Manual de Improbidade Administrativa – 2.ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 222)

No caso, ainda que reconhecido o ato ímprobo, a sentença de primeiro grau deixou de aplicar a multa civil à requerida Daniel Cury de Lacerda-ME, o que entendo ser necessária, justamente porque verificada a fraude, consistente na subcontratação da prestação dos serviços - quando expressamente proibida pelo edital -, de maneira que a requerida não respeitou os dispositivos previstos no certame, tanto que recrutou e contratou 19 (dezenove) pessoas físicas para a execução do serviço.

Assim, observando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que a aplicação desta sanção deve equivaler ao valor correspondente a 1 (um) mês do serviço prestado.

De mais a mais, não se mostra desarrazoada a proibição da empresa requerida Daniel Cury de Lacerda ME de contratar com o Poder Público, haja vista que, conforme já fundamentado, enriqueceu-se ilicitamente em detrimento da Administração Pública, na medida em que auferiu renda por um serviço que por ela não foi prestado, conforme previa o contrato.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

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:

> *"EMENTA - 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 dos recursos, rejeito a preliminar e, no mérito, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, a fim de condenar a empresa Daniel Cury de Lacerda-ME ao pagamento de multa civil no valor correspondente a 1 (um) mês de serviço prestado.

Quanto aos recursos interpostos por Getúlio Furtado Barbosa e Daniel Cury de Lacerda ME, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar, deram parcial provimento ao apelo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e negaram provimento ao recurso de Daniel Cury de Lacerda-ME e Getúlio Furtado Barbosa, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 08 de novembro de 2016.

***

3ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1405412-58.2016.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE PERMISSÃO PARA PROFISSIONAL DENOMINADO MOTOTAXISTA – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE – AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL DELEGANDO TAL COMPETÊNCIA AO ENTE MUNICIPAL – REQUISITOS IMPOSTOS PELO REQUERIDO NÃO PREVISTOS EM LEI FEDERAL – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA – PREQUESTIONAMENTO – PEDIDO PROCEDENTE.

A teor da jurisprudência pacífica da Suprema Corte, compete exclusivamente à União legislar sobre o trânsito e transporte, incluindo-se em tal esfera de atribuições o uso de motocicletas para transporte individual oneroso de passageiros, que traduz matéria de interesse nacional e não regional (STF: ADIs ns. 2606/SC; 3135/PA e 3136/MG).

Consoante dispõe o parágrafo único do art. 22 da Carta Magna, o Estado ou até mesmo o Município podem legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União, porém desde que haja Lei Complementar Federal autorizando o exercício desta competência legislativa, o que não é o caso dos autos.

Sendo privativa a competência da União legislar sobre trânsito e transporte, bem como inexistindo Lei Complementar Federal delegando esta competência para outros entes federados, não pode o Município, por meio de Decreto Municipal regulamentar tal matéria, tampouco incluir requisitos sequer previstos no Código de Trânsito Brasileiro (art. 329), e também na Lei Lei Federal n. 12.009/2009, que regulamentou o exercício das atividades de "mototaxistas".

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 Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória e conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, por férias, o Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

João Camargo dos Santos Filho propõe ação rescisória em face do Município de Três Lagoas, visando a rescisão da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 0003798-13.2011.8.12.0021, que denegou a ordem.

Alega que a competência para tratar de trânsito e transporte é privativa da União consoante prescreve o artigo 22, XI da Constituição Federal, sendo que o inciso V do artigo 30 do mesmo diploma legal trata apenas de transporte coletivo de caráter essencial e não individual de passageiros.

Afirma que a Lei Federal 12.009/09, que regulamenta em âmbito nacional o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, somente exige a certidão negativa das varas criminais para os profissionais que exerçam serviço comunitário de rua (motovigilante).

Relata que os direitos ao pleno emprego e ao livre exercício de qualquer trabalho e a decorrente remuneração, que possui caráter alimentar, não podem ser limitados por Decreto Municipal ilegal e inconstitucional.

Sustenta que o Estado deve reconhecer o direito ao trabalho dos reeducandos ou então não poderá mais exigir mensalmente a comprovação de atividade laborativa, sob ameaça de regressão de regime de cumprimento de pena, consoante previsto na Lei de Execução Fiscal.

Requer a procedência do pedido, a fim de determinar que o município requerido reavalie o pedido de renovação de autorização para a prestação do serviço de mototaxista, abstendo-se de considerar como requisito a exigência de antecedentes criminais.

Por fim, prequestiona a matéria.

O pedido de antecipação de tutela de urgência foi indeferido. (fls. 148/152)

Devidamente citado, o Município de Três Lagoas apresentou contestação alegando que a legislação em questão não fere os princípios constitucionais, porquanto não trás em seu bojo normas sobre o exercício profissional, mas estabelece tão somente condições para prestação de serviços de interesse público local, que no caso visam a segurança dos munícipes que fazem uso dos serviços de mototáxi. (fls. 158/161)

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de omitir parecer. (fls. 167/172

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

João Camargo dos Santos Filho, com fundamento no art. 966, V, do NCPC (violação de norma jurídica), propõe Ação Rescisória em face do Município de Três Lagoas, visando a rescisão da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 0003798-13.2011.8.12.0021, que denegou a ordem.

Inicialmente mister se faça um breve relato dos fatos.

Segundo consta dos autos, o autor João Camargo dos Santos requereu a renovação de autorização para prestação de serviço de mototaxista perante o Departamento Municipal de Trânsito e Sistemas Viários no Município de Três Lagoas, contudo seu pedido foi indeferido pelo referido Órgão, sob o fundamento de que era vedada a aludida permissão àqueles que possuíam antecedentes criminais, conforme dispõe o art. 6ª, inciso VIII, do Decreto Municipal nº 186/2010, mormente pelo fato do autor estar "respondendo" pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Relatou que diante desse cenário impetrou mandado de segurança sob nº 0003798-13.2011.8.12.0021, tendo o magistrado singular indeferido a liminar (fls. 62/63), sendo a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça deste Estado (fls. 68/73). No mérito, a ordem foi denegada pelo juízo a quo sob o fundamento de que a exigência de certidão negativa criminal estaria em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sobressaindo a segurança pública e a incolumidade dos particulares que contratam o serviço de transporte de mototaxista (fls. 132/139).

Após, houve o trânsito em julgado da decisão. (fls. 145)

Por conta disso, o Sr. João Camargo dos Santos Filho ajuizou a ação rescisória almejando rescindir a sentença proferida no mandado de segurança.

Para tanto, alega que a competência para tratar de trânsito e transporte é privativa da União consoante prescreve o artigo 22, XI da Constituição Federal, sendo que o inciso V do artigo 30 do mesmo diploma legal trata apenas de transporte coletivo de caráter essencial e não individual de passageiros.

Afirma que a Lei Federal 12.009/09, que regulamenta em âmbito nacional o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, somente exige a certidão negativa das varas criminais para os profissionais que exerçam serviço comunitário de rua (motovigilante).

Relata que os direitos ao pleno emprego e ao livre exercício de qualquer trabalho e a decorrente remuneração, que possui caráter alimentar, não podem ser limitados por Decreto Municipal ilegal e inconstitucional.

Sustenta que o Estado deve reconhecer o direito ao trabalho dos reeducandos ou então não poderá mais exigir mensalmente a comprovação de atividade laborativa, sob ameaça de regressão de regime de cumprimento de pena, consoante previsto na Lei de Execução Fiscal.

Requer a procedência do pedido, a fim de determinar que o município requerido reavalie o pedido de renovação de autorização para a prestação do serviço de mototaxista, abstendo-se de considerar como requisito a exigência de antecedentes criminais.

Por fim, prequestiona a matéria.

O pedido de antecipação de tutela de urgência foi indeferido. (fls. 148/152)

Devidamente citado, o Município de Três Lagoas apresentou contestação alegando que a legislação em questão não fere os princípios constitucionais, porquanto não traz em seu bojo normas sobre o exercício profissional, mas estabelece tão somente condições para prestação de serviços de interesse público local, que no caso visam a segurança dos munícipes que fazem uso dos serviços de mototáxi. (fls. 158/161)

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de omitir parecer. (fls. 167/172)

Feito este relato, passo à análise da questão.

Cumpre esclarecer que a matéria posta versa sobre a repartição de competência entre os diferentes entes federativos e nestes casos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como critério ou fundamento o denominado princípio da predominância do interesse.

Isso significa dizer que, sendo a matéria de interesse nacional, a competência é dada para União, quando de interesse regional a competência é dada ao Estado e, por fim, quando é de interesse local, a competência é do Município.

O art. 22, inciso XI, da Constituição Federal estabelece que:

> *"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *(...)*
>
> *XI – Trânsito e transporte;"*

Como se vê a competência para legislar sobre o trânsito e transporte é exclusivamente da União, sendo incluso em tal esfera de atribuições o uso de motocicletas para transporte individual oneroso de passageiros, pois a aludida matéria trata-se de interesse nacional e não municipal.

Não obstante, consoante dispõe o parágrafo único do art. 22 da Carta Magna, o Estado ou até mesmo o Município podem legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União, porém desde que haja Lei Complementar Federal autorizando o exercício desta competência legislativa, o que não é o caso dos autos.

Segundo Alexandre de Moraes, *"a única possibilidade de o Estado-membro legislar sobre questões relativas a trânsito e transporte, será mediante delegação da própria União, por meio de lei complementar, de um ponto específico da citada matéria"*. (Direito Constitucional, 28ª Edição, Revista e atualizada até a EC nº 68/11 e Súmula Vinculante 31, Editora Atlas S/A, São Paulo, 2012)

Analisando a Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), nota-se que este regramento não disciplinou o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros com o uso de motocicleta, o que somente foi feito pela Lei Federal n. 12.009/2009, que regulamentou *"o exercício das atividades em transporte de passageiros, "mototaxistas", em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e "motoboy", com o uso de motocicleta"*.

Assim, menciona o art. 1º da Lei 12.009/2009:

> *"Art. 1º. Esta Lei regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, "mototaxista", em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e "motoboy", com o uso de motocicleta, dispõe sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete -, estabelece regras gerais para a regulação deste serviço e dá outras providências".*

O artigo 2º da referida Lei Federal, destaca que:

> *"Art. 2º. Para o exercício das atividades previstas no art. 1º, é necessário:*
>
> *I – ter completado 21 (vinte e um) anos;*
>
> *II – possuir habilitação, por pelo menos 2 (dois) anos, na categoria;*
>
> *III – ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do Contran;*
>
> *IV – estar vestido com colete de segurança dotado de dispositivos retrorrefletivos, nos termos da regulamentação do Contran.*
>
> *Parágrafo Único. Do profissional de serviço comunitário de rua serão exigidos ainda os seguintes documentos:*
>
> *(...)*

V – certidões negativas das varas criminais;" destaquei

Observa-se do dispositivo legal que a apresentação de certidões negativas nas varas criminais somente é exigido àquele profissional de serviço comunitário de rua, e não daquele que exerce a profissão de "mototaxista".

Outrossim, a Resolução nº 356 do Conselho Nacional de Trânsito, visando estabelecer *"requisitos mínimos de segurança para o transporte remunerado de passageiros (mototáxi) e de cargas (motofrete) em motocicleta e motoneta"*, prevê em seu artigo 5º, parágrafo único que, para exercer a atividade prevista nesta Resolução, o condutor deverá atender aos requisitos previstos no art. 329 do Código de Trânsito Brasileiro.

Por sua vez, o artigo 329 do CTB estabelece que:

> *"Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização."*

Já os artigos 135 e 136 do mesmo diploma legal prevê que:

> *"Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente.*
>
> *Art. 136. Os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto:"*

Observa-se que o Código de Trânsito Brasileiro não disciplina a atividade profissional de mototaxista, porém consoante a Resolução n. 356 do Contran, tal profissão deverá obedecer aos requisitos previstos no art. 329 do CTB, quais sejam, apresentação prévia de certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores.

Nota-se, que o artigo 329 do CTB exige dos condutores a apresentação de certidão negativa de registro de distribuição criminal apenas e tão somente em relação aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, enquanto que a Lei Federal 12.009/2009 exige em seu art. 2º, parágrafo único a apresentação de certidão negativa das varas criminais para aqueles que pretendem ser profissionais de serviço comunitário de rua, o que não é o caso dos autos, pois o autor almeja exercer a atividade de mototaxista.

No caso em comento, o autor já exercia a atividade de mototaxista, contudo ao tentar renovar sua autorização anual teve seu pedido indeferido pelo Município requerido, sob o argumento de que este não preenchia o requisito previsto no inciso VIII, do art. 6º do Decreto Municipal n. 186/2010 (regulamento do serviço de mototáxi de Três Lagoas), por estar respondendo processo por crime de tráfico de drogas.

Assim prescreve aludido artigo:

> *"Art. 6º - Para a obtenção do alvará de permissão para a exploração do serviço de transporte de passageiro em motocicleta, na modalidade pessoa física, será necessário cumprimento das seguintes exigências:*

(...)

VIII – Não estar respondendo processo por crimes de homicídio, furto, roubo, estupro, corrupção de menores, tráfico de substâncias entorpecentes, comprovado mediante certidão expedida pelos órgãos competentes."

Ora, conforme já fundamentado, sendo privativa a competência da União legislar sobre trânsito e transporte, bem como inexistindo Lei Complementar Federal delegando esta competência para outros entes federados, não pode o Município, por meio de Decreto Municipal regulamentar tal matéria, tampouco incluir mais requisitos sequer previstos no Código de Trânsito Brasileiro (art. 329), e também na Lei Lei Federal n. 12.009/2009, que regulamentou o exercício das atividades de "mototaxistas".

Como se denota, além de não possuir competência legislativa, o município requerido incluiu em sua legislação os requisitos "*furto e tráfico de substâncias entorpecentes",* hipóteses estas não previstas na legislação federal, o que não pode ser admitido.

Cabe destacar que dentre as funções do Decreto, a principal é a de regulamentar a Lei, tecer as minúcias necessárias de pontos específicos, criando os meios necessários para a fiel execução da Lei, sem contudo, contrariar qualquer das disposições dela ou inovar o Direito, sob pena de ser ilegal e não ter validade.

Alias, os Tribunais Pátrios vem declarando a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais que regulamentam a profissão de mototáxi por vício formal de iniciativa, afastando-se inclusive a competência suplementar dos Municípios prevista no art. 30, inciso II, da Constituição Federal. Nesse sentido:

"ADIN LEI MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. LEI MUNICIPAL. TRANSPORTE REMUNERADO DE CARGAS E ENTREGAS ATRAVÉS DE MOTOCICLETAS.

Possibilidade jurídica do pedido, em face da disposição do art. 8º da Constituição Estadual, impondo aos municípios respeito aos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Padece de inconstitucionalidade formal, por vício material e formal, a Lei nº 1.127/2008, que dispõe "sobre a prestação de serviços com uso de motocicleta no município de Picada Café e dá outras providências", por tratar de matéria, cuja competência, é exclusiva da União e estabelecer restrições não previstas no CNT. Afronta aos artigos 22, inciso XI e 170, "caput" e incisos IV e V, da Constituição Estadual. Precedentes da Corte. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME." (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70028750214, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Março Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 20/07/2009) - destaquei

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE PONTO DE "MOTO-TÁXI". ATIVIDADE DISCIPLINADA EM LEI MUNICIPAL. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM DIANTE DA AUSÊNCIA DE NORMA PROIBITIVA DO SERVIÇO, AINDA QUE INCONSTITUCIONAL A LEI MUNICIPAL. RECURSO MINISTERIAL DEFENDENDO O ATO E PUGNANDO PELA APLICAÇÃO DA LEI MUNICIPAL AO CASO. CONTROLE INCIDENTAL QUE É POSSÍVEL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE. ART. 22, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI FEDERAL REGULAMENTANDO A ATIVIDADE DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAS EM MOTOCICLETA. PERICULOSIDADE DO SERVIÇO QUE EXIGE, PARA A SUA PRESTAÇÃO, A PRÉVIA REGULAMENTAÇÃO

POR LEI FEDERAL, SEM A QUAL É IMPOSSÍVEL CONCEDER-SE LICENÇAS E ALVARÁS. SERVIÇO PÚBLICO QUE, ADEMAIS, EXIGE A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA A SUA CONCESSÃO OU PERMISSÃO. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E QUE SE ALINHA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS IMPETRANTES. LEGALIDADE DO ATO DA AUTORIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. O juiz e o tribunal estão autorizados a examinar a constitucionalidade de leis e atos normativos, mesmo que incidentalmente nos processos que lhes forem submetidos a julgamento, inclusive em sede de mandado de segurança. 2. ***É flagrantemente inconstitucional a lei municipal que regulamenta o serviço de transporte individual de passageiros em motocicletas de aluguel - serviço de moto-táxi -, porque invade a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transportes****. 3. Não viola direito líquido e certo do proprietário de motocicleta o ato do prefeito municipal que recusa a expedição de alvará para funcionamento de serviço de transporte individual de passageiros - serviço de moto-táxi."* (TJ-SC - MS: 184033 SC 2005.018403-3, Relator: Jânio Machado, Data de Julgamento: 14/03/2008, Quarta Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação cível n. , de Itajaí) destaquei

"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE CARLOS CHAGAS – LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTA TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIRO EM 'MOTO-TAXI' – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, §1º E 169 DA CONSTITUCIONAL ESTADUAL. LEI Nº 12.009/2009. REGULAMENTAÇÃO SOBRE AS REGRAS DE SEGURANÇA DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE REMUNERADO DE MERCADORIAS EM MOTOCICLETAS E MONONETAS (MOTOFRETE). Competindo privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI da Constituição Federal), é inconstitucional lei municipal que regulamenta o transporte individual de passageiro em 'moto-taxi', por violação aos artigos 165, §1º e 169 da Constituição do Estado de Minas Gerais. A Lei nº 12.009/2009 vem apenas regulamentar a respeito das exigências no que diz respeito às regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete, não podendo atribuir ao ente municipal, mesmo com sua autonomia legislativa, a disposição sobre regras gerais a respeito dos serviços de transportes individuais de passageiro em 'MOTO-TAXI', competência esta privativa da União". (TJ-MG - Ação Direta Inconst: 10000110479227000 MG, Relator: Antônio Sérvulo, Data de Julgamento: 24/07/2013, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 09/08/2013)

No mesmo sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 2.769/2001, do Distrito Federal. Competência Legislativa. Direito do trabalho. Profissão de motoboy. Regulamentação. Inadmissibilidade. Regras sobre direito do trabalho, condições do exercício de profissão e trânsito. Competências exclusivas da União. Ofensa aos arts. 22, incs. I e XVI, e 23, inc. XII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei distrital ou estadual que disponha sobre condições do exercício ou criação de profissão, sobretudo quando esta diga à segurança de trânsito." (ADI 3610, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011)

"Ação direta de inconstitucionalidade. L. Distrital 3.787, de 02 de fevereiro de 2006, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o sistema de moto-service - transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas: inconstitucionalidade declarada por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). Precedentes: ADIn 2606, Pl., Maurício Corrêa, DJ 7.2.03; ADIn 3.136, 1.08.06, Lewandowski; ADIn 3.135, 0.08.06, Gilmar.' (ADI 3679, Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007)

> *"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei do Estado do Pará. 3. Serviço de transporte individual de passageiros prestado por meio de ciclomotores, motonetas e motocicletas. 4. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte(art. 22, XI, CF). 5. Precedentes (ADI 2.606/SC). 6. Procedência da ação.'* (ADI 3135, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 08-09-2006)

Assim, dúvidas não há que a municipalidade não pode, seja por meio de Decreto ou Lei Complementar, regularizar e impor requisitos para a atividade de mototáxi, tendo em vista a falta de competência para tanto, razão pela qual o pedido deve ser julgado procedente.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

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:

> *"EMENTA - 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.

Concede a segurança a fim de determinar que o Município requerido expeça a autorização caso ele não se encaixe em outro crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, a fim de rescindir a sentença proferida no mandado de segurança nº 0003798-13.2011.8.12.0021 e, por consequência, conceder a ordem para determinar que o Município expeça autorização para prestação de serviço de mototaxista, caso ele não se encaixe em outro crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

Condeno ainda o Município ao pagamento dos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante artigo 85, §3º, I, c/c §4º, III, ambos do NCPC.

Deixo de condenar a Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais face a isenção legal prevista no art. 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente a ação rescisória e concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, por férias, o Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0000466-04.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA PERPETRADA POR SERVIDOR PÚBLICO – NÃO DEMONSTRAÇÃO – LIBERAÇÃO DE DOCUMENTO À TERCEIRO ESTRANHO, QUE NÃO DETINHA PODERES PARA TANTO – FATO QUE, EMBORA LAMENTÁVEL, NÃO TEM O CONDÃO DE CAUSAR ABALO À DIREITO DA PERSONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA CONFIRMADA.

A responsabilidade civil da Administração Pública pode ser proveniente de duas situações distintas: a) conduta positiva, isto é, comissiva, no sentido de que o agente público é o causador do dano mediante uma ação; e, b) conduta omissiva, em que o ente estatal não atua diretamente no evento danoso, mas tinha o dever de evitá-lo, ou seja, age por omissão.

Em relação às ofensas sofridas, as afirmações feitas pela autora não ultrapassaram o campo de retórica, sem apresentar correspondência com os elementos probatórios carreados ao processo, não podendo, dessa forma, ser tidas como verdadeiras.

No que se refere à liberação equivocada de documentos, embora lamentável, tal fato não teve o condão de abalar a moral da recorrente, configurando mero transtorno.

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, 1º de novembro 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 Fátima Paula da Silva Baladário contra sentença proferida pelo MM. Juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que, nesta ação de indenização por danos morais, ajuizada contra o Município de Três Lagoas, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega em síntese, que: 1) ao contrário do que decidido pela julgadora, restou amplamente demonstrado nos autos os danos morais que suportou em razão de ofensas perpetradas por servidor público municipal; 2) o dano também decorreu do erro perpetrado pela administração que, sem motivo razoável, procedeu à entrega de documentos a terceira pessoa, que não detinha legitimidade para tanto; 3) em razão

da falha realizada pelo servidor municipal, foi impedida de obter o respetivo "habite-se", sendo obrigada a impetrar mandado de segurança para tanto e; 4) o dano moral sofrido restou corroborado pelos elementos probatórios carreados aos autos.

Pede, nesse contexto, a reforma da sentença (f. 269/273).

Sem contrarrazões (f. 277).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Fátima Paula da Silva Baladário contra sentença proferida pelo MM. Juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que, nesta ação de indenização por danos morais, ajuizada contra o Município de Três Lagoas, julgou improcedente o pedido inicial.

Alega em síntese, que: 1) ao contrário do que decidido pela julgadora, restou amplamente demonstrado nos autos os danos morais que suportou em razão de ofensas perpetradas por servidor público municipal; 2) o dano também decorreu do erro perpetrado pela administração que, sem motivo razoável, procedeu à entrega de documentos a terceira pessoa, que não detinha legitimidade para tanto; 3) em razão da falha realizada pelo servidor municipal, foi impedida de obter o respetivo "habite-se", sendo obrigada a impetrar mandado de segurança para tanto e; 4) o dano moral sofrido restou corroborado pelos elementos probatórios carreados aos autos.

Pede, nesse contexto, a reforma da sentença (f. 269/273).

De início, convém registrar que a presente insurgência deve ser analisada sob a perspectiva do CPC/73, pois de acordo com a regra de direito intertemporal veiculada no art. 14 do NCPC, os recursos são regidos pela lei vigente à época da decisão impugnada que, no caso, foi proferida em 26 de agosto de 2015 (f. 259/264).

Feito tal anotação, retoma-se ao exame meritório.

Segundo se extrai da narrativa apresentada na petição inicial (f. 02/11), a recorrente, na qualidade de procuradora da Sra. Silvana Aparecida da Silva Ramão, deslocou-se até a prefeitura municipal de Três Lagoas a fim de obter a regularização de um imóvel urbano.

Para tanto, efetuou o pagamento de duas guias, no valor total de R$ 1.356,16, em uma agência bancária localizada no interior do prédio e ato contínuo, entregou-as com autenticações originais no setor responsável pela regularização do imóvel, ficando apenas com cópias.

Três dias depois, ao retornar ao mesmo banco para realizar o adimplemento da guia do INSS do imóvel, foi informada que o montante adimplido anteriormente havia sido estornado a terceira pessoa, do sexo masculino, que de posse da via original das guias, requereu a devolução do valor.

Intrigada com tal situação, pois não havia autorizado ninguém a proceder daquela maneira e as guias originais haviam sido entregues no setor competente, procurou o servidor responsável, Sr. Leandro, tendo o mesmo se limitado a insinuar que a recorrente teria pedido, ela mesma, o estorno dos valores, com o intuito de ludibriar a administração.

Em razão dos fatos, teve de impetrar mandado de segurança (autos n.º 021.10.006462-1), a fim de conseguir regularizar o imóvel.

Assim, dois são os fundamentos invocados pela recorrente para embasar seu pedido de danos morais: 1) insinuação perpetrada por servidor público, de que estaria ela agindo de forma ilícita na tentativa de lesar o Poder Público e; 2) liberação pela administração da via original das guias de regularização do imóvel para terceira pessoa, que procedeu ao pedido de restituição dos valores e com isso, obstaculizou a regularização de imóvel residencial.

Como se sabe, a responsabilidade civil da Administração Pública pode ser proveniente de duas situações distintas: a) conduta positiva, isto é, comissiva, no sentido de que o agente público é o causador do dano mediante uma ação e; b) conduta omissiva, em que o ente estatal não atua diretamente no evento danoso, mas tinha o dever de evitá-lo, ou seja, age por omissão.

No primeiro caso -conduta comissiva -, o dever de indenizar será aferido com base na responsabilidade objetiva e assim, dispensa-se a prova da culpa ou dolo, bastando apenas que se demonstre a ação, o dano e o nexo causal entre ambos.

Já quando se tratar de uma omissão - pois não só a ação produz danos -, o dever de indenizar estará fundado nos requisitos da responsabilidade subjetiva da Administração. Neste caso, exige-se a prova da conduta omissiva dolosa ou culposa, do dano e do nexo causal.

A propósito do tema, segundo a clássica doutrina de Rui Stoco:

> *"A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou faute du service dos franceses, entre nós traduzida por 'falta de serviço'.*
>
> *"Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. (...) A responsabilidade por "falta de serviço" não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes tem-se inadvertidamente suposto.*
>
> *É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). (...) Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo." (STOCO, Rui. Tratado da Responsabilidade Civil. Editora Revista dos Tribunais, 7a. ed., p. 1001).*

Tal entendimento é compartilhado pelos administrativistas modernos, como se vê das lições de Fernanda Marinela, para quem:

> *"(...) Hoje a responsabilidade objetiva é a regra no país, acatada como padrão a teoria do risco administrativo. Entretanto, doutrina e jurisprudência admitem ser possível compatibilizá-la com a responsabilidade subjetiva, nos casos de danos decorrentes de atos omissivos, seguindo, nesse caso, a teoria da culpa do serviço". (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Impetus, RJ: 2010, p.878).*

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DANO EM VEÍCULO AUTOMOTOR EM DECORRÊNCIA DE PASSAGEM SOBRE BURACO EM VIA PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 279 DO STF. I - Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário por entender que concluir de forma diversa do acórdão recorrido necessitaria de reexame de matéria de prova (Súmula 279 do STF). II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Agravo regimental improvido". (STF – RE 585007 AgR. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009)".*

> *"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO (...) 1. A pacífica jurisprudência do STJ e do STF, bem como a doutrina, compreende que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado, apesar do dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e do nexo causal entre ambos". (STJ – REsp 1023937/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julg. 08.06.2010, DJe 30.06.2010).*

Na hipótese vertente, a responsabilidade atribuída ao Município de Três Lagoas, como dito acima, decorre de duas condutas supostamente praticadas por agentes públicos no exercício das suas atribuições, mostrando-se imperativo averiguar, nesse contexto, a presença dos requisitos da responsabilidade civil objetiva.

Em relação à suposta ofensa praticada por servidor público, a pretensão não merece guarida, pois, sob esse enfoque, não restou demonstrado o elemento "ação".

Com efeito, segundo declinou a testemunha Fernando dos Santos Pereira (f. 209):

> *"Eu trabalhava no setor ao lado da tributação, que é conjunto, eu não expedia as guias nem as recebia, eu vi a autora conversando com o Sr. Divino que era o diretor de departamento, aí o Sr. Divino me procurou para perguntar qual providência administrativa deveria ser tomada com a abertura de um processo administrativo, em nenhum momento vi qualquer funcionário maltratando a autora ou insinuando qualquer coisa contra ela (...)".*

Nesse mesmo sentido, Nivaldo Inácio Campos relatou que (f. 210):

> *"Eu estava na prefeitura no dia dos fatos, a autora me disse que tinha um problema me contou o fato e perguntou o que eu faria (...) falamos com o Sr. Divino e ele disse que não podia fazer nada (...) então orientei ela a procurar a promotoria, eu estive com a autora lá na prefeitura outros dias para ver o que ia ser feito, eu lembro que fomos falar com uma pessoa da prefeitura, não lembro se foi o Clayton ou o Leandro e ai nos disseram que não podiam fazer nada (...) quando começamos a falar das guias os funcionários da prefeitura disseram que apenas quem podia pedir o dinheiro de volta era a autora, eu não lembro o nome do funcionário, houve pouca vontade para resolver a situação (...)".*

De igual modo, a testemunha Divino Teodoro dos Santos assim obtemperou (f. 212):

> *"Na época dos fatos eu era direitos de departamento, depois da aprovação do processo a pessoa leva a guia paga e aí os documentos são devolvidos, a guia original fica com o contribuinte, a cópia é que fica lá na prefeitura, na época eu passei a situação para o Secretário de Finanças para as medidas cabíveis, registramos um boletim de ocorrências, e não sei depois mais o que aconteceu (...) no início eu caminhei a autora para a sala do*

> *Leandro para resolver o problema mas depois ela tratou direto com o Leandro, não fiquei sabendo de qualquer atrito entre a autora e o Leandro, ele era subordinado ao secretário de Finanças, não sei se ela fez qualquer reclamação dele ao secretário (...)"*

Ao que se vê, nesse particular, as afirmações feitas pela autora não ultrapassaram o campo de retórica, sem apresentar correspondência com os elementos probatórios carreados ao processo, não podendo, dessa forma, ser tidas como verdadeiras.

Perfeitamente aplicável, aqui, a lição de Theodoro Júnior que, em sua clássica obra "Processo de Conhecimento", esclarece que *"(...) às partes não basta simplesmente alegar os fatos. Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é antes de tudo que o juiz se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá através das provas"* (THEODORO JR. Humberto. Processo de Conhecimento. Vol.: 2, 2ª edição, p. 520).

Assim, ainda nas palavras do ilustre doutrinador, *"(...) se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência. Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo para o julgador não existe." (Op. Cit., p. 524).*

Deflui-se, nesse diapasão, que, como bem delineado pela julgadora singular, não há como assistir razão à autora, pois não ficou suficientemente comprovado nos autos que o servidor público Leandro tenha desabonado a sua conduta, sugerindo que ela havia solicitado o estorno combatido.

Prosseguindo, no que se refere à liberação pela administração da via original das guias de regularização do imóvel para terceira pessoa, a insurgência também não comporta acolhimento, pois, nesse ponto, não restou demonstrado o elemento "dano".

Segundo leciona Sérgio Cavalieri Filho:

> *"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento, ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no transito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenização pelos mais triviais aborrecimentos".* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 4ª ed., 2003, p. 99).

No atual estágio de desenvolvimento da sociedade, a indenização por dano moral não pode restar "trivializada" para todo e qualquer evento que cause incômodo à vida social, mas apenas em relação àqueles eventos que causem um abalo digno de reprovabilidade e que ostentem magnitude lesiva.

Se assim não for, a indenização moral configurar-se-á mera intenção e/ou obtenção de proveito econômico, equivalente a enriquecimento sem causa.

Por sua clareza e didática, é válido trazer à baila a lição dada pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no REsp 1269246/RS:

> *"O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da*

> *constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (...)".*

Ainda de acordo com o referido ministro, dessa vez na lição dada no julgamento do AgRg no REsp 1269246/RS:

> *"A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante (...)".*

Veja-se, portanto, que o mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido.

In casu, a conduta do agente público que, ao que tudo indica, entregou a via original das guias de regularização do imóvel para terceira pessoa sem poderes para tanto, é bem verdade, frustrou a expectativa da recorrente de regularizar o imóvel residencial da sua mandatária, vendo-se obrigada a se valer da via judicial pata tanto.

Tal situação, entretanto, restringiu-se ao mero transtorno, não tendo o condão de ofender direito da personalidade da apelante.

Deveras, a recorrente superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração lhe impingidos, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos daqueles que protagonizam situações como a presente.

Não há que se falar, portanto, em reparação por danos morais.

Ex positis, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Fátima Paula da Silva Baladário.

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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 01 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE – CORRENTISTA RESIDENTE EM OUTRO PAÍS – SUPOSTA IRREGULARIDADE CADASTRAL NÃO COMPROVADA – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – VERBA HONORÁRIA MANTIDA – RECURSO DO BANCO PROVIDO PARCIALMENTE E RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

A instituição financeira que procede a bloqueio de conta corrente de cliente, sem prévio aviso e sem justo motivo, impossibilitando-o de movimentar seu saldo, deve ser responsabilizada pelos danos causados, respondendo de forma objetiva, pela falha na prestação do serviço disponibilizado ao cliente, sendo desnecessária a prova do dano, bastando que reste evidenciado ato danoso injustificável, para que se configure do dever de indenizar.

O valor da reparação deve guardar correspondência com o gravame sofrido (CC, art. 944), observadas, ainda, as circunstâncias do fato, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico da medida, tudo com esteio no princípio da proporcionalidade.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em estreita consonância com o disposto no artigo 20, § 3º, do CPC.

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 Sonia Maria da Rocha e dar parcial provimento ao apelo de Banco do Brasil S/A, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de dezembro 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 Banco do Brasil S/A e Sonia Maria Rocha contra decisão proferida pelo MM Juiz da 11ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação cível, julgou procedente o pedido inicial condenando a instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) a título de dano moral e R$ 251,52 (duzentos e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos) relativos aos danos materiais, bem como em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O Banco do Brasil (f. 115-124) alega, em síntese, que a decisão deve ser reformada pelos seguintes fundamentos:

1. O recorrente em nenhum momento ocasional dano à recorrida, passível de indenização e que se houve algum problema foi em razão de que possivelmente o endereço da apelada não estava atualizado nos cadastros do Banco;

2. Conquanto a apelada alegue que sofreu constrangimento, não há prova nos autos de que isso aconteceu, sendo indevida a indenização por danos morais;

3. O *quantum* fixado a título de danos morais foi exagerado e desproporcional, devendo ser reduzido e;

4. Prequestiona a matéria objeto do recurso.

Em contrarrazões (f. 132-135), a apelada pede o desprovimento do recurso.

Em recurso adesivo (f. 136-138), Sonia Maria Rocha pede a majoração da verba honorária fixada para 20% do valor da condenação.

Contrarrazões de f. 140-146, pelo desprovimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Banco do Brasil S/A e Sonia Maria Rocha contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 11ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação cível, julgou procedente o pedido inicial condenando a instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) a título de dano moral e R$ 251,52 (duzentos e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos) relativos aos danos materiais, bem como em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

De início, pontuo que o presente recurso será apreciado com observância das regras do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que tanto a sentença de primeiro grau, quanto o recurso, foram emitidos antes da entrada em vigor no Novo CPC.

Ponderado tal, para melhor compreensão dos fatos que culminaram no presente recurso, cito o relatório da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau às f. 105-112.

> *"Sonia Maria Rocha, já qualificado nos autos, ajuíza a presente ação Procedimento Ordinário em face de Banco do Brasil S.A., também qualificado.*
>
> *Alega, em síntese, que é titular da conta poupança n. 11.465-0 mantida junto à instituição financeira requerida desde 2008.*
>
> *Argumenta que no mesmo ano, mudou-se para Bolívia para realizar curso de medicina e que utilizava mensalmente a conta para saques naquele país.*
>
> *Revela que em 10.02.2015 não conseguiu sacar valores e que foi informada pela gerente da agência bancária situada em Santa Cruz de La Sierra que seu cartão e sua conta estavam bloqueados e que a autora teria que comparecer pessoalmente à agencia em que vinculada a conta para verificar o motivo do bloqueio.*

Sustenta que, por telefone, também foi informada de que sua presença na agencia era essencial para solução do caso.

Afirma que em razão do bloqueio, não pode sacar valor para fazer prova semestral e que arcou com os custos da passagem para vir a Campo Grande em 11.02.2015 e conseguiu desbloquear a conta em 12.02.2015.

Aponta que o gerente da conta informou não ter conhecimento do motivo do bloqueio da conta, pois a sede responsável fica em São Paulo, e que o bloqueio do cartão ocorreu porque as agências agora utilizam o cartão com chip.

Segundo aduziu o banco recorrente, não está evidenciado o dano sofrido pela apelada, já que o bloqueio do cartão desta ocorreu possivelmente porque seu endereço estava pendente de atualização.

No entanto, apesar de ter alegado, o recorrente não demonstrou tal circunstância, tampouco que a autora tenha sido cientificada sobre a possibilidade de eventual bloqueio de sua conta, por divergência ou pendência de atualização de dado cadastral, que implicou a medida extrema.

Além disso, a justificativa apresentada pelo apelante - de que eventual desatualização de cadastro teria gerado o bloqueio da conta corrente/poupança da apelada -do mesmo modo, não legitima sua conduta arbitrária, já que a apelada mantém relacionamento negocial com a recorrente há mais de 7 (sete) anos, o que determinaria por parte desta – instituição financeira - a adoção de medidas preventivas àquela drástica e derradeira que fora adotada – bloqueio da conta da cliente, impossibilitando-a de realizar qualquer movimentação financeira – considerando o fato, ainda, que agrava a situação, de que a apelada se encontrava residente em outro país, dificultando a resolução do problema gerado pelo banco.

De outro modo, certo é que não basta a mera alegação, é necessário que a parte produza provas aptas a ampará-la, conforme preconiza o artigo 333, I e II, do estatuto processual civil, que distribui o ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo.

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim ensinam que:

"[1. O ônus de provar da parte] Não podemos falar em dever de provar. Há ônus probatório que, uma vez não atendido, deve acarretar consequências processuais negativas à parte que não o tiver observado, que se traduz na perda da oportunidade processual de provar os fatos supostamente constitutivos da afirmação de direito contido na inicial (art. 333, inc. I) ou da defesa apresentada (art. 333, inc. II). À obrigação e ao dever deve seguir, sempre, uma sanção (consequência desfavorável ao obrigado e àquele a quem incumbia o dever). Caberá ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, inc. I); ao réu, doutra parte, caberá a prova de fato, por ele articulado, que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inc. II). Quer isto significar que se o réu não alegar fato algum e apenas negar os fatos que tenham sido articulados pelo autor, o ônus de prova caberá ao autor. Se, porém, o réu alegar algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, será seu o ônus de prová-los". (na obra "Comentários ao Código de Processo Civil", GZ Editora, 2012, p. 517).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 108824/RS. Relator Ministro Milton Luiz Pereira), já se posicionou:

"O ônus da prova é da parte (art. 333, CPC). O juiz somente tomará a iniciativa quando o conjunto probatório cause dúvidas ou perplexidades, de regra, devendo julgar segundo o alegado pelas partes ("iudex secundum allegatta et probata partium iudicare

debet"). Em contrário, a regra (art. 333, CPC) ficaria derruída, impondo-se ao Juiz suprir a inatividade da parte (...)".

Assim, na hipótese, o banco recorrente somente alegou e nada provou, deixando incidir o princípio: *quod non est in actis non est in mundo*.

Por outro lado, não há dúvida de que os serviços prestados pela instituição financeira são regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, o que determina que sua responsabilidade é objetiva.

Decorre disso, que quanto à alegada ausência de constrangimento a ensejar a indenização por danos morais, extrai-se dos autos que a autora é aluna do curso de medicina na cidade de Santa Cruz/Bolívia, necessitando, por óbvio, de pleno acesso à sua conta corrente, para custear sua subsistência e permanência naquele país.

A propósito, já se posicionou esta Corte, em situação análoga:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – MÉRITO – DANO MORAL ARBITRADO EM VALOR ADEQUADO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – RECURSO DE ROSEANE MIRANDA AMORIM E DO BANCO DO BRASIL S/A IMPRÓVIDOS.*
>
> *Não há violação ao princípio da dialeticidade quando o recorrente impugna a sentença e demonstra o interesse na reforma da decisão.*
>
> *A fixação do valor arbitrado a título de dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.*
>
> *Tendo o magistrado sentenciante observado as diretrizes do art. 85, § 2º, do CPC, não há que se falar em majoração dos honorários advocatícios.*
>
> *Tendo a instituição bancária bloqueado a conta corrente da autora, sem justo motivo, deve ser responsabilizado pelos danos causados, visto que ela ficou impossibilitada de movimentar sua conta corrente.* ***A instituição financeira é responsável, objetivamente, pelos danos causados aos seus correntistas pelos serviços por ela prestados. A alegada ausência de comprovação de dano moral não resiste ao entendimento de que é desnecessária a comprovação objetiva deste, bastando para tanto que se demonstre a existência do ato danoso injustificável, para que a necessidade de ressarcimento se configure."****(Apelação Cível n.0812349-04.2014.8.12.0001 - Campo Grande Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – 19.10.2016) (Destaquei).*

Desse modo, o dano extrapatrimonial suportado pela autora decorre do fato de que estando ela em outro país, para estudos, se viu impedida de movimentar sua conta bancária, porque a recorrente realizou bloqueio da mencionada conta, sem qualquer comunicação prévia, sob alegação de que tal ocorreu por suposta ausência de atualização de endereço. Mesmo que isso tivesse acontecido, o que, como dito, não restou comprovado nos autos, não passando de conjecturas, não seria motivo suficiente para a medida extrema; tal implica que a recorrida foi atingida na sua esfera extrapatrimonial, ocasionando-lhe angústia e aflição, que extrapola o mero dissabor, não havendo falar em reforma da decisão singular neste ponto, já que evidente o dever de indenizar.

Quanto ao valor fixado, a autora interpôs recurso adesivo, que será analisado em conjunto, com a apelação proposta pelo Banco.

Em relação ao *quantum* indenizatório é cediço que na mensuração da indenização por dano moral deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

A dúplice natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percuciente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho:

> *"Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança"*

Este é o entendimento do Colendo STJ, consoante se verifica do seguinte precedente:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. VÍTIMA DE HOMICÍDIO EM QUARTEL. (...) Assim, ultrapassada esta questão, se faz necessário observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o valor arbitrado deve guardar dupla função, a primeira de ressarcir a parte afetada dos danos sofridos, e uma segunda pedagógica, dirigida ao agente do ato lesivo, a fim de evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente e, ainda, definir a quantia de tal forma que seu arbitramento não cause enriquecimento sem causa à parte lesada. Nesse sentido entendo por manter a fixação realizada pelo magistrado singular. (...)"* (REsp 1109303/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 05/08/2009).

Assim, demonstrada a abusividade do ato praticado pelo apelante, levando em conta: as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor, a gravidade potencial da falta cometida, o caráter coercitivo e pedagógico da indenização, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado, tenho que o valor que melhor atende a tais requisitos é de R$ 10.000,00 (dez mil reais), já que tal importância se revela condizente com as peculiaridades do caso e em consonância com os parâmetros adotados por esta Egrégia Corte em situações análogas e pelo STJ.

Por fim, pretende a parte autora a majoração para 20% (vinte por cento) dos honorários advocatícios, ao argumento de que o valor fixado na instância singela, qual seja, 10% (dez por cento), sobre o valor da condenação, não remunera com justiça o patrono.

Neste pormenor, acredito que a verba honorária está de acordo com o estabelecido pelo art. 20 § 3º do CPC, tendo em vista o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Neste sentido, o seguinte entendimento jurisprudencial:

> *"EMENTA APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CHOQUE ELÉTRICO. ALTA TENSÃO. DANO MORAL ARBITRADO EM R$ 30.000,00. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA LIDE SECUNDÁRIA. MANTIDOS EM 10% SOBRE*

> *O VALOR DA CAUSA. RECURSO DA PARTE AUTORA. PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA PARTE REQUERIDA. IMPROVIDO. A responsabilidade da empresa concessionária de energia elétrica, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, é sempre objetiva, ou seja, não se deve perquirir, na espécie, sobre a existência ou não de culpa, bastando a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o dano causado. É cabível deduzir que o recebimento de descarga elétrica de alta voltagem no momento em que o autor realizava seu trabalho é razão mais do que suficiente para ensejar a indenização por danos morais. Os honorários advocatícios fixados na sentença em 10% sobre o valor da causa devem ser mantidos, pois encontram-se em estreita consonância com o disposto no artigo 20, § 4º, do CPC.* (TJMS - Apelação Cível - Sumário - N. º 0801305-44.2013.8.12.0026 Bataguassu/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. 1ª Turma Cível 14 de julho de 2015).

Finalmente, observados os requisitos acima referidos para a fixação da verba em comento, mostra-se adequado o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, montante que remunera o causídico de maneira adequada.

Do prequestionamento

Para fins de prequestionamento, observo que foram examinadas as questões levantadas de forma suficiente, trazendo solução fundamentada para a controvérsia, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A., apenas para reduzir o valor dos danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais) e nego provimento ao recurso adesivo interposto por Sonia Maria Rocha, restando mantidos os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Sonia Maria da Rocha e deram parcial provimento ao apelo de Banco do Brasil S/A, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2016.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1406603-41.2016.8.12.0000
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRETENSÃO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO REALIZADO SOB O REGIME CELETISTA PERANTE EMPRESA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – EXTINTA EMPAER – TEMPO DE SERVIÇO DE NATUREZA PRIVADA – REGIME DA CLT – CONVERSÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO POR PREVISÃO LEGAL – CONTAGEM DO TEMPO PARA EFEITOS DE APOSENTADORIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A empresa EMPAER, sociedade de economia mista, que posteriormente passou a se denominar de AGRAER, autarquia, sempre foi integrante da Administração Pública Indireta, conforme se infere da Lei Complementar nº 14, de 16 de janeiro de 1992, que dispunha sobre a estrutura e funcionamento da Administração Estadual, vigente na época da constituição da extinta empresa que se enquadrava como sociedade de economia mista denominada Empresa Mato-grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural S.A – EMPAER, tendo atividades laborais prestadas de forma descentralizada como pessoa administrativa vinculada à respectiva Administração Direta.

O tempo trabalhado perante a sociedade de economia mista que é o caso da extinta EMPAER, mesmo sob o regime celetista deve ser considerado como tempo de efetivo serviço público para fins de contagem da aposentadoria, pois a atividade foi efetivamente desempenhada perante à Administração Pública.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (STJ, AgRg no RMS 48.271/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 17/03/2016; EDcl no RMS 49.018/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/02/2016; AgRg no RMS 47.068/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 02/12/2014. V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 47.070/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de setembro de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcia Regina Marsura de Melo contra suposto ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul-SEFAZ.

Alega em síntese que:

1- seu direito líquido e certo se refere ao tempo trabalhado na Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul – EMPAER para que seja considerado como de serviço público, vez que o processo administrativo nº 11/013.851/2016 foi averbado como sendo serviço privado, sobretudo para efeitos de aposentadoria;

2- que o tempo computado como serviço público se resume àquele que a impetrante desempenhou as funções na mesma Empresa Pública SEFAZ MS, mas somente após a conversão do regime celetista para o estatutário.

3- todo o período trabalhado na Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul EMPAER e posteriormente a SEFAZ MS, não foi considerado como serviço público, haja vista que o referido Órgão assentou posição de que o tempo trabalhado sob o regime celetista, mesmo que para empresa de economia mista e ou pública, não pode ser considerado público.

4- tal assertiva não se sustenta, uma vez que a referida empresa, que sempre foi pública, numa determinada época teve o capital e os funcionários agregados a empresa Idaterra e ou redistribuídos para outras, no caso da impetrante a SEFAZ MS, que inquestionavelmente é empresa Pública.

5- fica evidente que a justificativa para o indeferimento do pedido aqui combatido falece de substrato legal, quando se demonstra de forma inequívoca que Empresa EMPAER e posteriormente a SEFAZ MS, sempre foram empresas públicas.

Por fim, requereu seja definitivamente concedida a segurança, determinando à autoridade coatora que compute à impetrante como tempo de serviço público aquele já averbado, referente ao período trabalhado para a Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul EMPAER e SEFAZ MS, quando sob o regime celetista, para os fim exclusivo da aposentadoria.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou as informações (f. 66/80).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela concessão da ordem (f. 85/93).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcia Regina Marsura de Melo contra suposto ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul-SEFAZ.

Alega em síntese que:

1- seu direito líquido e certo se refere ao tempo trabalhado na Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul – EMPAER para que seja considerado como de serviço público, vez que o processo administrativo nº 11/013.851/2016 foi averbado como sendo serviço privado, sobretudo para efeitos de aposentadoria;

2- que o tempo computado como serviço público se resume àquele que a impetrante desempenhou as funções na mesma Empresa Pública SEFAZ MS, mas somente após a conversão do regime celetista para o estatutário.

3- todo o período trabalhado na Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul - EMPAER e, posteriormente, a SEFAZ MS, não foi considerado como serviço público, haja vista que o referido Órgão assentou posição de que o tempo trabalhado sob o regime celetista, mesmo que para empresa de economia mista e ou pública, não pode ser considerado público.

4- tal assertiva não se sustenta, pois a referida empresa, que sempre foi pública, numa determinada época teve o capital e os funcionários agregados a empresa Idaterra e ou redistribuídos para outras, no caso da impetrante a SEFAZ MS, que inquestionavelmente é empresa Pública;

5- fica evidente que a justificativa para o indeferimento do pedido aqui combatido falece de substrato legal, quando se demonstra de forma inequívoca que Empresa EMPAER e posteriormente a SEFAZ MS, sempre foram empresas públicas.

Por fim, requereu seja definitivamente concedida a segurança, determinando à autoridade coatora que compute à impetrante como tempo de serviço público aquele já averbado, referente ao período trabalhado para a Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul EMPAER e SEFAZ MS, quando sob o regime celetista, para o fim exclusivo da aposentadoria.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou as informações, alegando que inexiste direito líquido e certo a ser amparado por essa ação, visto que a atividade prestada pela impetrante na empresa pública é de natureza privada, motivo pelo qual não pode o tempo de serviço nela prestado ser considerado como público para fins de aposentadoria, sob pena de violação ao art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, requerendo a denegação da segurança (f. 66/80).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela concessão da ordem (f. 85/93).

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009 é cabível mandado de segurança:

> *Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

Desse modo, é imprescindível analisar se o requerimento feito pela impetrante perante a Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e que foi indeferido trata-se de ato coator ou ilegal.

Conforme se infere do documento de f. 21/24, impetrante requereu que o tempo trabalhado sob o regime celetista seja considerado como serviço público e por conseguinte o direito à aposentadoria com proventos integrais, na forma prevista no art. 73 da Lei Estadual nº 3.150/05.

Assim, resume a tese da impetrante de "*que o legislador constituinte não fez distinção quanto ao regime jurídico de prestação do serviço público, se celetista/trabalhista ou estatutário, não cabendo ao intérprete fazer tal distinção. Por isso, o tempo de serviço prestado pela impetrante na qualidade de servidor celetista deve entrar no cômputo do efetivo exercício no serviço público exigidos para concessão de aposentadoria voluntária, nos termos anteriores a EC 41 de 2003. Ainda que a transformação do regime celetista em estatutário tenha ocasionado a extinção do vínculo previdenciário da impetrante com o RGPS, com início de um novo vínculo com o RPPS, tal fato não fez extinguir o vínculo jurídico existente entre os*

impetrantes e o Estado de Mato Grosso do Sul através da AGRAER, que continuou a existir, alterando-se apenas o regime jurídico da prestação do serviço. Percebe-se, com isso, que há uma unidade na prestação dos serviços pela impetrante em favor do Estado de Mato Grosso do Sul, ainda que sob regimes jurídicos diversos, autorizando-se a contagem de todo o tempo de serviço como público para efeitos de aposentadoria. Ademais, a Constituição Federal (art. 201, § 9º) assegurou a contagem recíproca do tempo de contribuição e a compensação dos diversos regimes de previdência, o que foi regulamentado pela Lei n. 9.796/99, não havendo prejuízos ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul. Deve ser utilizado, aqui o mesmo raciocínio aplicado anteriormente de que, não fazendo a lei distinção em relação ao regime jurídico da prestação do serviço público, deve ser computado, para este fim, o período em que os impetrantes eram submetidos ao regime celetista/trabalhista. Nesse contexto, entende-se, que merece amparo judicial a pretensão da Impetrante de ver computado como público o tempo de serviço prestado junto à Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul - EMPAER/ e agora na SEFAZ MS. Como conseqüência, reflexa, desse entendimento, tem-se que a Impetrante perfaz as condições necessárias a obter a concessão da medida aqui pleiteada, qual seja, a de ter computado como serviço público aquele trabalhado para Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul - EMPAER até a redistribuição e depois na SEFAZ MS, quando sob o regime celetista." (f. 09/11)

Compulsando as provas acostadas aos autos, verifica-se à f. 29 que consta como primeira admissão da impetrante para exercer o cargo de auxiliar de escritório sob o regime da CLT na empresa EMPAER a contar de 14/08/1978; redistribuída da citada empresa para Secretaria de Estado de Receita e Controle consoante Resolução/Conjunta/SEGES/SEMIN "P" em 27/06/2001; transformada a função, integrando a categoria funcional de Assistência Técnica Operacional, na função de Auxiliar de Escritório II, com efeitos financeiros a contar de 01/05/2002; enquadrada na carreira atividades de apoio Fazendário, na função de Técnico Fazendário e Financeiro, do quadro de pessoal da Secretaria de Estado de Receita e Controle, com efeitos funcionais e financeiros de 01/06/2006.

No entanto, consoante o parecer administrativo da Secretaria de Estado de Fazenda (f. 38/40) a fundamentação da negativa constou: *"(...) A EMPAER era empresa pública a qual foi liquidada pela Lei n. 2.152/2000, conforme letra a, do inciso V, do artigo 83. Esta lei em seu artigo 85, parágrafo único dispôs que os funcionários das empresas extintas e liquidadas seriam redistribuídos, tendo a requerente sido redistribuída para a então Secretaria de Receita e Controle – SERC, a partir de 02 de julho de 2001, assim temos que a partir desta data iniciou-se o tempo de serviço público. Empresa pública é definida por lei como entidade de personalidade jurídica de direito privado, a qual sujeita-se às regras aplicáveis ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, conforme artigo 173, §1º, II e §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. No caso em exame, é incontroverso que o vínculo da requerente com EMPAER só poderia ser contado como tempo de serviço para fins de aposentadoria de disponibilidade, em virtude de sua natureza jurídica, isto é, serviço prestado à empresa pública regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Repise-se que, o tempo de serviço prestado a empresa pública, não pode ser considerado como tempo de serviço público, haja vista que o vínculo laboral, no caso, pela Consolidação das Leis do Trabalho, é diverso do regime jurídico estatutário, não se enquadrando, portanto, como serviço público. Sobre o assunto a Procuradoria Geral do Estado – PGE, já se manifestou conforme se vê do Parecer da PGE/CJUR-SAD/Nº 001/2009, aprovado pela Decisão PGE/GAB/Nº 193/2009, e fixou entendimento que, ante a natureza jurídica de empresa pública o tempo de serviço privado deve ser considerado apenas para fins de aposentadoria nos termos do artigo 31, §4º da Constituição Estadual c/c o artigo 201 §9º da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme cópia que ora juntamos. Diante disso, entendemos que não é possível a averbação do período laborado na EMPAER ser considerado como serviço público, razão que opinamos pelo indeferimento do pedido para retificação da averbação por falta de suporte legal. Assim, enviamos o processo ao Superintendente de Administração e Finanças/SEFAZ, para conhecimento e, posterior envio à Coordenadora de Recursos Humanos/SEFAZ, para as providências necessárias"(f. 39/40).*

No caso, há de ser esclarecido que a empresa EMPAER, sociedade de economia mista, que posteriormente passou a se denominar de AGRAER, autarquia, sempre foram integrantes da Administração Pública Indireta.

Conforme se infere da Lei Complementar nº 14, de 16 de janeiro de 1992, que dispunha sobre a estrutura e funcionamento da Administração Estadual, vigente na época da constituição da empresa EMPAER que se enquadrava como sociedade de economia mista denominada Empresa Mato-grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural S.A vinculada à Administração Indireta (Título II, Capítulo I, da Estrutura da Administração Pública), *in verbis*:

> *Art. 10 – O Sistema Administrativo Estadual terá a seguinte estrutura organizacional básica:*
>
> *(...)*
>
> *II – Administração Indireta:*
>
> *(...)*
>
> *3 – Sociedade de Economia Mista:*
>
> *3.1.1 – Empresa Mato-Grossense de Pesquisa, Assistência e Extensão Rural S.A. – EMPAER (vide LC 461/11).*

Dessa forma, as atividades da extinta empresa EMPAER prestadas de forma descentralizada, ela nunca deixou de ser pessoa administrativa vinculada à Administração Direta.

Diante desse raciocínio, convém colacionar o conceito dado pelo administrativista José dos Santos Carvalho Filho[1]:

> *"Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. (...) é preciso não perder de vista que tais pessoas não estão soltas no universo administrativo. Ao contrário, ligam-se elas, por elo de vinculação, às pessoas políticas da federação, nas quais está a respectiva administração direta. (...) O grande e fundamental objetivo da Administração Indireta do Estado é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas. Quando não pretende executar determinada atividade através de seus próprios órgãos, o Poder Público transfere a sua titularidade ou a mera execução a outras entidades, surgindo, então o fenômeno da delegação. (...) Resulta daí que a Administração Indireta é o próprio Estado executando algumas de suas funções de forma descentralizada. Seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho, o certo é que tais atividades são exercidas indiretamente ou, o que é o mesmo, descentralizadamente. O critério para a instituição de pessoas da Administração Indireta com vistas ao desempenho de funções descentralizadas é de ordem administrativa. Com efeito, o Estado é o exclusivo juiz da conveniência e da oportunidade em que deve ser descentralizada esta ou aquela atividade e, em consequência, criada (ou extinta) a entidade vinculada".*

Portanto, o tempo trabalhado perante a sociedade de economia mista, que é o caso da empresa EMPAER, mesmo sob o regime celetista deve ser considerado para fins de contagem da aposentadoria no serviço público, pois a atividade foi efetivamente desempenhada perante a Administração Pública.

1 **Manual De Direito Administrativo**. 28º edição, 2015. São Paulo: Editora Atlas, p. 479-480.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 8.112 que se trata do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, no art. 103, inciso V, estabelece para os servidores a permissão de contagem de exercício de atividade privada para fins exclusivos de aposentadoria e disponibilidade, *in verbis*:

> *Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade*
>
> *(...)*
>
> *V - o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social;*

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o tempo trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista deve ser computado como tempo de serviço público para efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Nesse sentido seguem os seguintes julgados:

> *RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA PARA TODOS OS EFEITOS. EMPRESAS PÚBLICAS ESTADUAIS. PRODASUL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1. Pleiteia a impetrante a concessão da segurança para que seja reconhecida judicialmente a existência de saldo de tempo de serviço prestado sob regime celetista na extinta PRODASUL, para que tal tempo seja computado na carreira, e no cargo público estatutário de Técnico Fazendário na SEFAZ (Secretaria de Estado de Fazenda de MS) para fins promocionais.*
>
> *2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "o tempo de serviço prestado às empresas públicas e sociedades de economia mistas, integrantes da Administração Pública Indireta, somente pode ser computado para efeitos de aposentadoria e disponibilidade" (AgRg no RMS 45.157/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/8/2014, DJe 15/8/2014).*
>
> *3. In casu, o Decreto que concedeu a promoção à recorrente foi publicado em 23.6.2008, enquanto o processo administrativo revisional foi instaurado em 10.6.2013, ou seja, 13 dias antes do termo final para a revisão do ato atacado, razão pela qual não há falar em decadência na presente hipótese.*
>
> *Agravo interno improvido. (AgInt no RMS 46.897/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 18/08/2016).*
>
> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PRODASUL. PROMOÇÃO. CONTAGEM INDEVIDA DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO, SOB REGIME DA CLT, EM EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL, PARA TODOS OS EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *I. Agravo Regimental interposto em 01/02/2016, contra decisão monocrática, publicada em 15/12/2015.*
>
> *II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por servidora pública estadual, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, que, pelos Decretos 'P' 1.070, de 19/03/2014, e 'P' 1.071, de 19/03/2014, anulou as promoções funcionais da*

impetrante, efetivadas em 2009, por ter sido computado o tempo de serviço prestado, sob o regime da CLT, junto à PRODASUL, empresa pública estadual, para fins de promoção.

III. É firme a compreensão do STJ no sentido de que o tempo de serviço, prestado em sociedades de economia mista e empresas públicas, entidades da Administração Pública indireta, pode ser considerado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

IV. No caso, portanto, o tempo de serviço, prestado pela impetrante, na PRODASUL, empresa pública estadual, sob o regime da CLT, não pode ser considerado para fins de promoção, pagamento de adicional e/ou gratificação por tempo de serviço público estadual. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: STJ, AgRg no RMS 48.271/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 17/03/2016; EDcl no RMS 49.018/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 10/02/2016; AgRg no RMS 47.068/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 02/12/2014.

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no RMS 47.070/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA QUE PASSOU A SER ESTATUTÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA PARA EFEITOS DE PROMOÇÃO FUNCIONAL E ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. CONTAGEM APENAS PARA EFEITO DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Secretária de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando que fosse anulada a revisão da promoção funcional da impetrante.

2. Conforme decisão do Tribunal a quo, o tempo de serviço prestado às empresas públicas e sociedades de economia mistas, integrantes da Administração Pública Indireta, somente pode ser computado para efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

3. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar os fundamentos da decisão recorrida e demonstrar a ofensa ao direito líquido e certo.

4. Agravo Regimental não provido. (STJ. AgRg no RMS 45157/MS. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. DJe 15/08/2014).

Como fundamentado pela Procuradoria Geral de Justiça, *in verbis*:

"(...) Inicialmente, insta consignar que a impetrante ingressou na EMPAER por meio de concurso público de provas e títulos, na condição de celetista, porém, o período trabalhado na referida empresa não foi computado como serviço público. Com efeito, no que tange aos servidores públicos, o art. 40, da Constituição Federal, preconiza o seguinte: "Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. Extrai-se do texto constitucional supratranscrito que é assegurado aos servidores ocupantes de cargo efetivo, de qualquer dos entes federados, a contagem do tempo de serviço prestado a outra entidade, que não aquela

à qual o servidor público está vinculado, para efeito de aposentadoria e disponibilidade. (...) Desse modo, tanto a EMPAER, na condição de empresa pública, quanto a AGRAER, na condição de autarquia, são pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta, responsáveis por desempenhar as atividades do Estado de forma descentralizada, prestando serviços de natureza eminentemente pública. Assentadas tais premissas, é certo que o tempo que a servidora, ora impetrante, laborou perante a empresa pública, ainda que sob regime celetista, deve ser considerado para fins de contagem do tempo para aposentadoria no serviço público, na medida em que a atividade foi efetivamente desempenhada para a Administração Pública. (...) Portanto, conclui-se que o tempo trabalhado pela impetrante, ainda que sob o regime celetista, deve ser considerado para fins de contagem da aposentadoria no serviço público, pois a atividade foi efetivamente desempenhada perante a Administração Pública."

Também seguem as decisões desse Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA – (...) SERVIDOR DE AUTARQUIA – PRETENSÃO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO REALIZADO SOB REGIME CELETISTA PERANTE EMPRESA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – ATIVIDADE DESEMPENHADA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRECEDENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER. 1. O tempo laborado perante a empresa pública, mesmo que sob o regime celetista, pode ser considerado para fins de contagem da aposentadoria no serviço público, na medida em que a atividade foi efetivamente desempenhada perante a Administração Pública. 2. Segurança concedida, com o parecer. (Mandado de Segurança nº 1415739-33.2014.8.12.0000. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgado em 29/06/2015 – 2º Seção Cível).

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - TRANSMUDAÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA O REGIME ESTATUTÁRIO - PRETENSÃO À CONTAGEM DO PERÍODO TRABALHADO EM EMPRESAS PÚBLICAS, SOB REGIME CELETISTA, COMO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO, PARA EFEITO DE APOSENTADORIA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE - SEGURANÇA CONCEDIDA. O tempo de serviço prestado em empresa pública pode ser computado como de serviço público, para efeito de aposentadoria e disponibilidade. (Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Seção Cível; Data do julgamento: 01/08/2016; Data de registro: 05/08/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – NO MÉRITO – SERVIÇO PRESTADO EM EMPRESA PÚBLICA – REGIME CELETISTA – CÔMPUTO DO TEMPO PARA FINS DE APOSENTADORIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Aplica-se a teoria da encampação, afastando-se a alegação de ilegitimidade passiva, se o Estado de Mato Grosso do Sul, ao contestar a ação mandamental, defende amplamente a legalidade e o mérito do ato impugnado. Para fins de aposentadoria e disponibilidade, serviço público é aquele desempenhado perante a Administração Pública Direta, autarquias e fundações sob regime de direito público, bem como perante empresa pública que componha a Administração Indireta. O tempo de serviço prestado em empresa pública, ainda que sob o regime celetista, deve ser computado no "tempo de efetivo serviço público" para fins de aposentadoria, na medida em que houve o desempenho de atividade eminentemente pública e perante a Administração. (Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Seção Cível; Data do julgamento: 16/05/2016; Data de registro: 17/05/2016)

Diante do exposto e de acordo com o parecer, concedo a segurança em definitivo, para determinar à autoridade coatora que compute como tempo de serviço público prestado pela impetrante na Empresa de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural de Mato Grosso do Sul - EMPAER e SEFAZ/MS, sob o regime celetista para o fim exclusivo de contagem do requisito temporal para a aposentadoria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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, 26 de setembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800804-16.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – POLICIAL MILITAR QUE DISPARA TIROS DE ARMA DE FOGO CONTRA VÍTIMA QUE REAGIU EM ABORDAGEM POLICIAL – PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARTIGO 186, DO CC – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O direito à reparação do dano moral depende da concorrência dos requisitos delineados no artigo 186, do CC.

Em se tratando de responsabilidade civil estatal por ato comissivo (responsabilidade objetiva), a vítima deve provar apenas o ato ilícito, o dano sofrido e o nexo de causalidade.

Se os depoimentos das testemunhas convergem para a conclusão de que o desfecho da ação policial somente ocorreu da forma como se dera em razão do comportamento violento da própria vítima, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado, havendo culpa exclusiva da vítima.

Sendo negado provimento ao recurso de apelação, é devida a condenação dos recorrentes ao pagamento dos honorários recursais em favor do patrono da parte adversa, o que se faz na forma do artigo 85, § 1º, § 2º, inciso I a V, § 3º, incisos I a V, § 4º e § 11, do CPC/2015.

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, 13 de dezembro de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Natália Oliveira Silva e Victor Rodrigo de Oliveira Silva interpuseram recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia nos autos da ação indenizatória proposta em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nas razões recursais (f. 134-141), os apelantes alegaram que Rodrigo da Silva Dias, convivente e genitor dos recorrentes, faleceu em 15.03.2014 após ser atingido por disparos de arma de fogo feitos por um policial militar no exercício de suas funções.

Asseveraram que a vítima estava em sua residência na manhã do dia 02.01.2014 quando, por volta das 10 horas, a casa foi invadida por policiais, momento no qual Rodrigo portava uma faca em suas mãos por estar realizando a poda de galhos de árvores.

Justificaram que os disparos atingiram o abdômen da vítima que, após alguns dias internada, veio a falecer.

Relataram que a conduta do policial militar não foi diligente, mormente porque a vítima não agiu de forma violenta, nem praticou qualquer ato que justificasse os disparos de arma de fogo.

Enfatizaram que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e que restou suficientemente demonstrada a ausência de culpa exclusiva da vítima.

Finalizaram pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença apelada, julgando procedente a pretensão inaugural.

Intimado, o recorrido apresentou contraminuta (f. 146-153) defendendo o desprovimento do recurso.

Em parecer (f. 161-168), a PGJ opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Natália Oliveira Silva e Victor Rodrigo de Oliveira Silva contra a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia nos autos da ação indenizatória proposta em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Considerações iniciais

Os recorrentes relataram, em sua peça inaugural, que em 02.01.2014, por volta das 10 horas da manhã, estavam em sua residência juntamente com Rodrigo da Silva Dias, convivente e genitor dos apelantes, o qual estava aparando alguns galhos de árvore no quintal da casa. Narraram, ainda, que chegou no local uma viatura da Polícia Militar, sendo que os policiais invadiram a residência, exigindo que Rodrigo abaixasse o volume do som que estava ligado e que, nesse momento, a vítima estava com uma faca na mão, a qual estava sendo usada para a poda da árvore.

A petição inicial ainda relatou que *"tendo Rodrigo solicitado mandado judicial legitimando os Policiais invadirem sua residência, e se recusado a atender a exigência deles, pois eles queriam apreender o som, efetuaram um disparo com arma de fogo, em direção à perna de Rodrigo, que não o atingiu. Depois disso, novo disparo foi efetuado pelos policiais, dessa vez, atingindo o abdômen de Rodrigo"* (f. 02).

Ainda, segundo consta dos autos, a vítima foi socorrida, recebendo atendimento médico, mas veio a óbito em 15.03.2014.

Em razão destes fatos, os autores pediram a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelos danos morais por eles suportados.

Após instrução processual, foi proferida sentença de improcedência assim fundamentada, *verbis* (f. 117-127):

"(...)

Vê-se que a vítima faleceu em razão de tiros proferidos por policial no curso da ocorrência. A intenção da polícia, como restou provado, fora a de atender ocorrência de perturbação da tranquilidade por som alto. Contudo, no momento da abordagem policial, a vítima Rodrigo reagiu com violência e agressividade, buscando inclusive uma faca, com a qual ameaçava os policiais.

Tenho que na situação em tela, trate-se de culpa exclusiva da vítima, que caso tivesse recebido os policiais com cordialidade, ou mesmo, abaixado o som quando lhe foi pedido antes de que fosse chamada a polícia, teria evitado todo o desenrolar dos fatos.

Assim, uma vez que a conduta da polícia foi legítima, e baseada nos meios que o policial que proferiu os disparo tinha disponíveis no momento da ação. Uma vez que a vítima partiu em sua direção portando uma faca grande, e em ato violento, o policial inicialmente efetuou disparo de advertência. Não tendo havido contenção da vítima com este, então não teve escolha a não ser proferir segundo disparo.

(...)

Foi o que ocorreu no caso em tela. Não se observa deficiência no serviço estatal prestado através da ação dos policiais. Pelo contrário, a ação policial foi legítima diante da situação em que se encontrava, atuando em estrito cumprimento do dever legal, como bem arguiu a defesa, em situação em que o dano decorreu da ação da vítima, ou seja, por culpa exclusiva desta.

Não vejo, portanto, responsabilidade do réu- que o evento danoso tenha decorrido de ação ou omissão do mesmo.

III - Dispositivo

Isso posto, não sendo de responsabilidade dos réus o evento danoso, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

(...)."

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação alegando que: a conduta do policial militar que efetuou disparos no abdômen da vítima não foi diligente, mormente porque não houve reação violenta tampouco foi praticado qualquer ato que justificasse os disparos de arma de fogo; a responsabilidade do Estado é objetiva; restou suficientemente demonstrada a ausência de culpa exclusiva da vítima.

Da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado tem princípios próprios e rigorosos, já que a atividade pública deve visar o interesse de uma coletividade, não cabendo ao administrado optar pela observância ou não da atividade que lhe é imposta.

A ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado Democrático de Direito. Além disso, tal responsabilidade encontra-se fundamentada na ideia de República, que traz consigo a noção de um regime institucionalizado, ou seja, onde todas as autoridades são responsáveis.

A Constituição Federal ressalta a responsabilidade em seu artigo 5º, inciso LXV e no artigo 37, § 6º.

Dois são os fundamentos para a responsabilização do Estado, quais sejam quando o comportamento for ilícito, o dever de reparar o dano é contrapartida do princípio da legalidade; quando o comportamento foi

lícito, o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos.

A Constituição Federal traduz no § 6º do artigo 37, em regra, duas espécies de responsabilidade: objetiva, para as ações das pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos e subjetiva, no caso de omissão estatal.

Na primeira, basta que o administrado alegue e comprove a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre a atuação/omissão do Estado e o prejuízo causado, cabendo ao Estado desconstituir a afirmação.

Já na responsabilidade subjetiva, o autor precisará alegar e provar, além dos elementos anteriormente mencionados, o dolo ou a culpa do agente.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, na qual admite-se a alegação de excludentes de responsabilidade.

Nesse linha de raciocínio, três são os tipos de danos que podem ser causados pelo Estado: dano por ação; dano por omissão, e; dano dependente de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.

No caso dos autos, eventual responsabilidade civil do Estado está lastreada na teoria objetiva, uma vez que os danos morais teriam sido causados pela suposta atuação negligente do policial militar que efetuou disparos de arma de fogo, causando o óbito do convivente e genitor dos apelantes, causando-lhes dor moral.

Assim, fica dispensada a comprovação da culpa e/ou do dolo. Todavia, a responsabilidade objetiva do estado somente dispensa a comprovação do dolo ou da culpa, subsistindo, porém, o dever de demonstrar os demais requisitos exigidos no Código Civil, quais sejam, o fato lesivo voluntário causado pelo agente, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente, conforme preceitua o diploma civilista:

> *"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".*

Ademais, também é possível que fique demonstrada alguma causa excludente da ilicitude, tal como a culpa exclusiva da vítima.

A propósito, transcrevo lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> *"O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social.*
>
> *(...)*
>
> *Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. O efeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo.(...)"* (Manual de Direito Administrativo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 533).

Na hipótese em exame, o depoimento prestado pelas testemunhas ouvidas nos autos comprovam a ausência de responsabilidade do réu, já que o dano narrado na petição inicial decorreu da conduta violenta da própria vítima que veio a óbito.

A testemunha Alessandro José Aparecido Ferreira afirmou que participou da diligência e que a viatura foi encaminhada ao local após receber uma denúncia de perturbação de sossego provocada pelo som alto ligado na residência dos apelantes. Aduziu que lá chegando, foi feito o pedido para que a vítima abaixasse o volume do som, mas que o indivíduo – Rodrigo – correu para dentro da casa, retornando com uma faca. Também relatou que após diversos pedidos para que a vítima soltasse a faca e diante das tentativas de ataque implementados pela vítima, houve a necessidade de desferir o disparo de arma de foto para o seu controle. A testemunha relatou que a vítima estava bastante alterada e que o primeiro disparo de arma de fogo foi na direção dos membros inferiores, mas que Rodrigo não foi atingido; já o segundo disparo acabou atingindo o seu abdômen.

Por sua vez, a testemunha Gustavo Santana Proença, policial responsável pelos disparos, confirmou que chegou ao local em razão de uma denúncia de perturbação do sossego decorrente do som alto. Também relatou que solicitou que a vítima abaixasse o volume do som, mas que não foi atendido, sendo que a vítima repetia que estava em sua residência e que lá ninguém iria entrar. Muito alterado, Rodrigo correu para dentro da casa, pegou uma faca dentro de uma gaveta e passou a ameaçar os policiais militares. Afirmou que havia sinais de que a vítima estava sob efeito de alguma substância em razão de sua evidente alteração emocional. Também disse que apenas efetuou o disparo porque a vítima veio em sua direção com a faca, ameaçando-o e colocando-o em risco.

Já a solicitante da diligência, Priscila Fabiane, disse que já havia pleiteado duas vezes para que Rodrigo abaixasse o volume do som, mas que não foi atendida. Aduziu que a vítima dirigiu-se para a frente do escritório onde estava a testemunha e que apresentava sinais de estar muito nervoso, alterado e que começou a lhe ofender. Também enfatizou que acompanhou toda a diligência e que Rodrigo estava muito alterado, portando uma faca nas mãos e gerando risco para as pessoas. Também informou que a vítima tinha histórico de uso de álcool e drogas e que aparentava estar sob o efeito delas.

Enfim, os depoimentos das testemunhas convergem para a conclusão de que o desfecho da ação policial somente ocorreu dessa forma em razão do comportamento violento da própria vítima, razão pela qual não há que se falar em responsabilidade civil do Estado.

Aliás, conforme ressaltou o i. Procurador subscritor do parecer *"da leitura das declarações, verifica-se que os agentes públicos fizeram uso dos meios disponíveis para cessar a conduta destemperada do Sr. Rodrigo da Silva Dias, havendo inclusive disparo de um tiro de advertência, o qual, contudo, não foi suficiente para cessar a sua agressividade, não restando outra alternativa senão o disparo de arma de fogo contra seu abdome, no momento em que colocou em risco a integridade física da guarnição, com sua repentina aproximação"* (f. 167).

Logo, evidencia-se a necessidade de manutenção da sentença de improcedência.

Dos honorários recursais

A fixação de honorários sucumbenciais na fase recursal é uma das novidades instituídas pelo novo Código de Processo Civil, que, expressamente, dispõe:

> *"Art. 85. (...)*
>
> *§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme*

> *o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento».*

A disposição legal acima transcrita está em consonância com o artigo 85, § 1º do mesmo diploma, que estabelece:

> *"§ 1.º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente".*

Ao comentar referido instituto, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ensinam que no atual sistema processual, deve ocorrer o arbitramento de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância, a qual é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância recursal, *verbis*:

> ***"§11:43. Fixação de nova verba honorária na fase recursal. A alteração dos honorários em segunda instância já era admitida pelo sistema do CPC/1973. Se o tribunal confirmasse a sentença de primeira instância, mantinha-se também a condenação no custo do processo, podendo ser alterado o valor, a pedido; se era dado provimento à apelação, os encargos da sucumbência eram invertidos; se a sentença era anulada para que o juiz proferisse outra, não haveria condenação em custas nesse momento; e era admitida a correção quando houvesse erro referente à atribuição dos encargos, sua dispensa etc. (...) Mas no sistema do CPC pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior. (v. CPC 85§1º)"*** (*in* Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 478-479) – destacado.

Ainda sobre a matéria, pertinente outra lição doutrinária:

> *"(...) o NCPC invoca ao prever a fixação de honorários advocatícios na fase recursal. O dispositivo estabelece que o tribunal, ao julgar o recurso, fixará nova verba honorária advocatícia, atento aos parâmetros dos §§2º e 6º, e o limite total para a fase de conhecimento. Esse dispositivo busca atingir duas finalidades. A primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais. De outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado. A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo, quanto remuneratório"* (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo/coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 168).

Vê-se, portanto, que ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, o legislador buscou, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

A respeito da fixação dos honorários quando a Fazenda Pública for parte no feito, estabelece o CPC/2015:

> *"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)*
>
> *§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

(...).”

Na hipótese dos autos, além dos critérios descritos nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85, cuidando-se de honorários arbitrados em favor da Fazenda Pública, a fixação é feita de forma progressiva, nos moldes dos incisos do § 3º do artigo 85.

Ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, mostra-se justa a fixação dos honorários nos percentuais mínimos previstos para cada faixa de valor descrita no texto legal, levando em consideração o valor atribuído à causa (R$ 400.000,00).

Conclusão

Diante do exposto, conforme o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação interposto por Natália Oliveira Silva e Victor Rodrigo de Oliveira, mas nego-lhe provimento. Alcançado este desiderato,

condeno os apelantes ao pagamento de honorários recursais em favor dos patronos do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais arbitro nos percentuais mínimos previstos no artigo 85, § 3º, incisos I a V, do CPC/2015, a incidir sobre o valor atualizado atribuído à causa, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, observando-se a regra de suspensão prevista no artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

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. 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2016.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1404642-65.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – FASE DA PROVA DE TÍTULOS – JUÍZO DE COMPATIBILIDADE COM O PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE NA CONTAGEM DE PONTOS NA PROVA DE TÍTULOS – VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – INTERPRETAÇÃO REALIZADA DE ACORDO COM O EDITAL – NÃO HOUVE ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DOS TÍTULOS APRESENTADOS POSTERIORMENTE AO RESULTADO PRELIMINAR DA QUINTA ETAPA DE PROVA DE TÍTULOS – SEGURANÇA DENEGADA, COM O PARECER.

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 maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de setembro de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mariane Gomes Duarte contra suposto ato coator praticado por Defensor Público-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul e chamando como litisconsorte passivo o Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que:

Objetiva a concessão do *writ* para garantir o direito líquido e certo a fim de restabelecer a pontuação de 0,50 pontos inicialmente atribuída pela Comissão de Concurso Público referente à apresentação do título de aprovação em concurso realizado pela Prefeitura Municipal de Bauru-SP ao cargo de paralegal, com exigência de Ensino Superior Completo em Direito, considerando que o Conselho Superior da Defensoria Pública alterou os critérios de avaliação dos títulos, retirando direito líquido e certo, causando dano de difícil reparação;

Em 17/02/2016 foi publicado o resultado preliminar da quinta etapa de Provas e Títulos, o qual recebeu a pontuação de 0,50 pontos, sendo classificada na posição de 48º, mas posteriormente, em 18/04/2016, com o resultado definitivo ocorreu alteração na pontuação que reduziu sua nota para 0,00(zero), passando a classificação para colocação de 65º, havendo modificação nos critérios de correção em virtude do provimento do recurso administrativo interposto pela candidata Patrícia dos Remédios de Carvalho Moreira;

A candidata supracitada sustentou a tese de que o termo "cargo" previsto no item 23.2, inciso V do Regulamento do Concurso Público deveria ser interpretado restritivamente, abrangendo somente cargos de carreira, e não demais cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

O Conselho Superior anulou, sem a prévia ciência ou possibilidade de manifestação dos demais candidatos, o resultado preliminar da fase de títulos, passando a interpretar restritivamente os termos do regulamento, o que causou agravamento na situação da impetrante que perdeu 17 posições na classificação final do certame;

Há ilegalidade na interpretação restritiva *a posteriori* da expressão cargo com fundamento em recurso administrativo, pois no item 23 do Regulamento do Concurso, que dispõe sobre a expressão "cargo" de forma abrangente, não se referiu no seu inciso V sobre cargos somente para membros, além do que a interpretação deve ser mais favorável ao administrado em caso de ambiguidade;

Por fim, pede a notificação da autoridade coatora, a concessão da segurança para garantir o direito líquido e certo para restabelecer a pontuação de 0,50 ponto inicialmente atribuída pela Comissão de Concurso Público, conforme seu título apresentado, com a consequente reclassificação final, retornando ao *status quo*. Juntou os documentos de fls. 17/61.

A presente ação foi distribuída por sorteio à 2º Seção Cível, tendo como relatoria o Des. Dorival Renato Pavan (f. 64).

A Defensoria Pública Geral do Estado apresentou as informações requerendo o processamento simultâneo com o mandado de segurança nº 1404148-06.2016.8.12.0000 diante da prevenção desse Relator em razão de conexão entre as causas. E no mérito pela inexistência de direito líquido e certo, sob pena de ferimento do princípio constitucional da legalidade e da impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo de julgamento pelo Conselho Superior da Defensoria Pública referente ao recurso administrativo da candidata Patrícia dos Remédios de Carvalho Moreira, requerendo a denegação da segurança (f. 76/93) e o Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso na qualidade de litisconsórcio ativo (f. 214).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela remessa dos autos a esta Relatoria, como juízo prevento, para análise em conjunto com o mandado de segurança nº 1404148-06.2016.8.12.0000 e, no mérito, pela denegação da segurança (f. 218/227).

VOTO 25/07/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mariane Gomes Duarte contra suposto ato coator praticado por Defensor Público-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul e chamando como litisconsorte passivo o Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega, em síntese, que:

Objetiva a concessão do *writ* para garantir o direito líquido e certo a fim de restabelecer a pontuação de 0,50 pontos inicialmente atribuída pela Comissão de Concurso Público referente à apresentação do título de aprovação em concurso realizado pela Prefeitura Municipal de Bauru-SP ao cargo de paralegal, com exigência de Ensino Superior Completo em Direito, considerando que o Conselho Superior da Defensoria

Pública alterou os critérios de avaliação dos títulos, retirando direito líquido e certo, causando dano de difícil reparação;

Em 17/02/2016 foi publicado o resultado preliminar da quinta etapa de Provas e Títulos, o qual recebeu a pontuação de 0,50 pontos, sendo classificada na posição de 48º, mas posteriormente, em 18/04/2016, com o resultado definitivo ocorreu alteração na pontuação que reduziu sua nota para 0,00 (zero), passando a classificação para colocação de 65º, havendo modificação nos critérios de correção em virtude do provimento do recurso administrativo interposto pela candidata Patrícia dos Remédios de Carvalho Moreira;

A candidata supracitada sustentou a tese de que o termo "cargo" previsto no item 23.2, inciso V do Regulamento do Concurso Público deveria ser interpretado restritivamente, abrangendo somente cargos de carreira, e não demais cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

O Conselho Superior anulou, sem a prévia ciência ou possibilidade de manifestação dos demais candidatos, o resultado preliminar da fase de títulos, passando a interpretar restritivamente os termos do regulamento, o que causou agravamento na situação da impetrante que perdeu 17 posições na classificação final do certame;

Há ilegalidade na interpretação restritiva *a posteriori* da expressão cargo com fundamento em recurso administrativo, pois no item 23 do Regulamento do Concurso, que dispõe sobre a expressão "cargo" de forma abrangente, não se referiu no seu inciso V sobre cargos somente para membros, além do que a interpretação deve ser mais favorável ao administrado em caso de ambiguidade;

Por fim, pede a notificação da autoridade coatora, a concessão da segurança para garantir o direito líquido e certo para restabelecer a pontuação de 0,50 ponto inicialmente atribuída pela Comissão de Concurso Público, conforme seu título apresentado, com a consequente reclassificação final, retornando ao *status quo*. Juntou os documentos de fls. 17/61.

A presente ação foi distribuída por sorteio à 2º Seção Cível, tendo como relatoria o Des. Dorival Renato Pavan (f. 64).

A Defensoria Pública Geral do Estado apresentou as informações requerendo o processamento simultâneo com o mandado de segurança nº 1404148-06.2016.8.12.0000 diante da prevenção desse Relator em razão de conexão entre as causas. E no mérito pela inexistência de direito líquido e certo, sob pena de ferimento do princípio constitucional da legalidade e da impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo de julgamento pelo Conselho Superior da Defensoria Pública referente ao recurso administrativo da candidata Patrícia dos Remédios de Carvalho Moreira, requerendo a denegação da segurança (f. 76/93) e o Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso na qualidade de litisconsórcio ativo (f. 214).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela remessa dos autos a esta Relatoria, como juízo prevento, para análise em conjunto com o mandado de segurança nº 1404148-06.2016.8.12.0000 e, no mérito, pela denegação da segurança (f. 218/227).

Primeiramente, há de deixar consignado aqui que o Poder Judiciário poderá intervir no mérito administrativo com o objetivo de reexaminar ou anular questão de processo seletivo quando evidente a ilegalidade ou desconformidade com os critérios do edital, ou seja, há uma exceção no próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do REXT nº 632.853/CE.

Dessa feita, é preciso em cada caso concreto averiguar qual é o limite do mérito administrativo ou seja onde começa a alegada ilegalidade passível de controle jurisdicional.

Celso Antonio Bandeira de Melo[1] define o que é mérito do ato:

> *"17. Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada."*

Portanto, no Recurso Extraordinário 632.853/CE permitiu-se a apreciação judicial de casos que viola o princípio da legalidade em provas de concursos públicos.

Vale transcrever o seguinte trecho do voto do ministro Luiz Fux:

> *"1. O concurso público, enquanto processo administrativo de seleção de pessoal, comporta, em seu interior, a prática de atos administrativos, seja por servidores propriamente ditos, seja por particulares, a quem é delegada a organização e aplicação do certame;*
>
> *2. Os atos administrativos praticados no bojo do concurso estão sujeitos ao império do direito (juridicidade administrativa) e, portanto, vinculados à ordem jurídica, ainda que em diferentes graus. Com efeito, não se pode admitir, em um Estado de Direito, esfera de poder imune à jurisdição;*
>
> *3. O controle jurisdicional é, portanto, sempre admitido em abstrato, como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV). O que irá variar de caso para caso é o maior ou o menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, ao que corresponderá maior ou menor grau de densidade do controle judicial, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º);*
>
> *4. O controle judicial via princípios constitucionais deve ser exercido com extrema cautela, haja vista a baixa densidade semântica do programa normativo e especificidade técnica dos temas versados em diferentes concursos públicos; o controle judicial exercido com base em regras, porém, autoriza uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário, sobretudo se tais regras estiverem previstas no Edital, "lei interna" do concurso público.*
>
> *(...)*
>
> *Registro, porém, que o Poder Judiciário deva ter algum papel no controle dos atos administrativos praticados em concursos públicos pela banca examinadora, sobretudo na fiscalização de questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com as regras previstas no Edital."*

Logo, conclui-se que embora o Judiciário não possa reavaliar os critérios de correção de provas de concurso público, há exceção quando ocorrer caso de ilegalidade de não observância das normas previstas no Edital ou se houver mudança durante o certame, visto que o edital é a lei interna do certame vinculados à ordem e a segurança jurídica desde sua abertura.

Feitas estas considerações relevantes e pertinentes ao caso, entendo pela análise do objeto mandamental referentes as questões postas sobre os critérios adotados pela Comissão de Concurso da

1 **Curso de Direito Administrativo**. 32º edição, 2015, São Paulo: Edit. Malheiros, p. 993

Defensoria Pública de valoração da pontuação estabelecida na 5º etapa do certame de prova de títulos com a finalidade de averiguar se houve ou não a alegada violação do direito líquido e certo afirmado pela candidata, ora impetrante.

Compulsando o Regulamento do XVII do Concurso Público de Provas e Títulos publicado no Diário Oficial de 02/06/2014-Deliberação/CSDP Nº 013, DE 19/05/2014 verifica-se expressamente os critérios ali estabelecidos sobre a 5º fase de avaliação de títulos que possui caráter classificatório (f. 158/166):

> *"23. Da Quinta Etapa – Prova De Títulos*
>
> *23.1 Na quinta etapa do Concurso Público, os candidatos terão os seus títulos avaliados, podendo, pontuar livremente em itens cumulativos, entretanto, a nota máxima nesta prova será, invariavelmente, de até 2 (dois pontos).*
>
> *23.2 Constituirão títulos para as finalidades deste Concurso Público:*
>
> *I – o exercício de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em Direito pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:*
>
> *A) admissão por concurso: 1 (um) ponto;*
>
> *B) admissão sem concurso: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;*
>
> *II – o exercício pelo período mínimo de 3 (três) anos como membro das carreiras da Defensoria Pública (Defensor Público), Magistratura (Juiz de Direito), Ministério Público (Promotores e Procuradores), Advocacia-Geral da União (Advogados da União e Procuradores), Procuradoria (Procuradores) de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: 2 (dois) pontos;*
>
> *III – o exercício do Magistério Superior na área jurídica pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:*
>
> *a) admissão no Corpo Docente por concurso público de provas e/ou títulos: 1(um) ponto;*
>
> *b) admissão no Corpo Docente sem concurso público de provas e/ou títulos: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;*
>
> *IV – o exercício efetivo da advocacia, como advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo período mínimo de 5 (cinco) anos: 1(um) ponto;*
>
> *V – aprovação em Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que já não tenha sido utilizado para pontuar nesta mesma etapa do Concurso Público: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;(...)"*

No caso, o cerne do debate se refere à alteração da valoração dos pontos da prova de títulos durante o certame, visto que de acordo com o resultado preliminar dos títulos apresentados, a Banca Examinadora pontuou todos os títulos apresentados referentes as aprovações em certame para o preenchimento de cargos das referidas carreiras, não excluindo da análise aqueles títulos nos cargos de analistas ou Técnico Superior Jurídico do Ministério Público, Magistratura, Defensoria Pública e Administração Pública direta ou indireta

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, não se restringindo apenas aos membros dos referidos órgãos.

Desse modo, atendeu primeiramente a norma firmada no referido inciso V, do item 23.2 do edital que constou expressamente a nomenclatura de:

> *"Aprovação em Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que já não tenha sido utilizado para pontuar nesta mesma etapa do Concurso Público: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;"*

Fazendo uma interpretação literal da palavra cargo público retirado do Dicionário on-line "Michaelis"[2] temos os significados de:

> *"1 Aquilo que é ou se tornou incumbência de alguém; encargo. 2 Responsabilidade assumida em relação a alguém ou a alguma coisa; obrigação. 3 Função em empresa pública ou privada; emprego.*
>
> *(...)*
>
> *Cargo público: cargo em uma instituição governamental, ocupado por funcionário público aprovado em concurso."*

Ora, a palavra "cargo" pode ser analisado de uma maneira global onde todas as atividades são executadas e situada dentro do órgão estatal para alguma posição determinada.

Convém colacionar a citação doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho[3]:

> *"Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente."*

Alexandre Massa[4] também sintetiza:

> *"Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor, sendo criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (art. 3º da Lei n. 8.112/90)."*

Assim consta na inicial de que em 17/02/2016 foi publicado o resultado preliminar da quinta etapa de Provas e Títulos e a impetrante foi classificada na posição de 48°, mas posteriormente, em 18/04/2016, com o resultado definitivo ocorreu alteração na pontuação que não considerou sua aprovação no cargo de paralegal realizado pela Prefeitura Municipal de Bauru-SP, com exigência de Ensino Superior Completo em Direito, reduzindo a nota para 0,00(zero), passando a classificação para colocação de 65º, em razão de modificação nos critérios de correção em virtude do provimento do recurso administrativo interposto pela candidata Patrícia dos Remédios de Carvalho Moreira.

2 http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=cargo

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 30. ed.São Paulo: Atlas, 2016, p. 773.

4 MASSA, Alexandre. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468

De acordo com o documento de f. 43/47, o título de aprovação no cargo de Especialista em Gestão Administrativa e Serviços - Paralegal apresentado na prova de título pela impetrante exige a graduação de Ensino Superior Completo em Direito.

Dessarte, o que verifico no caso é que a banca examinadora fez modificação dos critérios de valoração de pesos das provas de títulos estabelecidos no edital durante o certame, dando interpretação com exclusão daqueles candidatos que apresentaram títulos privativos de bacharel em direito como cargos auxiliares do Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, da Administração Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, motivo pelo qual violou os princípios da legalidade e da vinculação ao edital para todos candidatos.

Considerando que o princípio da legalidade trata de obediência a lei, no caso em comento, a norma de regência é a Deliberação/CSDP nº 013 de 19/05/2014 que aprovou e tornou público o Regulamento do XVII Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos de Defensor Público. Como o próprio nome sugere, esse princípio diz respeito à obediência à lei.

Nesse sentido, convém colacionar a posição doutrinária defendida pela Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5]:

> *"Este princípio, juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei."*

Ela acrescenta, ainda, o seu raciocínio:

> *"Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideais expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei".*

Desse modo, embora o Conselho Superior da Defensoria Pública tenha a permissão de dirimir dúvidas das questões surgidas durante o certame, é preciso haver cautela e vinculação às regras editalícias para que não haja prejuízos com modificações posteriores à abertura do concurso.

É indubitável que se a Comissão do Concurso tivesse especificado de forma clara e sem ambiguidade no item 23.2, inciso V, do edital de que os cargos seriam abrangentes somente aqueles de membros dos órgãos ali mencionados, como constou no item II, consignando, inclusive, dentre de parênteses o que são considerados como membros "*II – o exercício pelo período mínimo de 3 (três) anos como membro das carreiras da Defensoria Pública (Defensor Público), Magistratura (Juiz de Direito), Ministério Público (Promotores e Procuradores), Advocacia-Geral da União (Advogados da União e*

5 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27º edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 64/65.

Procuradores), Procuradoria (Procuradores) de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: 2 (dois) pontos", a interpretação dada pela citada Comissão estaria completamente correta em razão do princípio da vinculação ao edital.

No entanto, não houve tais colocações no mencionado tópico 23.2, inciso V, e considerando o termo "cargo" não se deve haver interpretação restritiva à norma editalícia somente após a apresentação dos títulos pelos candidatos, o que ocorreu no caso.

Ora, a interpretação posterior com a anulação dos títulos já apresentados pelos candidatos afronta claramente os princípios da moralidade e impessoalidade, além de que em surgindo dúvidas na adoção do cumprimento da norma, a interpretação deve ser mais favorável ao candidato.

Há varios precedentes sobre o tema de ocorrência de ambiguidade nas regras editalícias esclarecendo qual a interpretação que deve ser adotada.

> *"RECURSO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO PARA NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE RORAIMA - PROVA DE TÍTULOS - EXERCÍCIO, POR NO MÍNIMO UM ANO, DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA VOLUNTÁRIA - EXIGÊNCIA DA BANCA, REVELADA SOMENTE NA FASE DE RECURSO, QUE O CERTIFICADO INDICASSE QUE A ATIVIDADE FOI DESENVOLVIDA POR TREZENTOS E SESSENTA E CINCO DIAS - AMBIGUIDADE DO EDITAL - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CANDIDATO - PRECEDENTES - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."* (TJ-RR - RA: 0000150000511, Relator: Des. Mozarildo Cavalcanti, Data de Publicação: DJe 06/02/2015).
>
> *"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. CONCURSO DE DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. AMBIGUIDADE. EXISTÊNCIA. ADOÇÃO DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CANDIDATO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. - Hipótese na qual se questiona a interpretação dada pela Administração Pública do item do edital nº 14 do 3º Concurso Público para Ingresso na 2ª Categoria da Carreira de Defensor Público da União, in verbis:"Será eliminado do concurso o candidato que obtiver menos de 30% dos pontos em qualquer um dos grupos da prova oral e menos de 50% dos pontos no conjunto dos grupos da prova oral". - Ao definir os critérios definidores da norma editalícia, a Administração Pública, conquanto fundada em juízo de conveniência e oportunidade, deverá fazê-lo de forma clara e objetiva, de forma a não permitir a ocorrência de duas interpretações constitucionalmente possíveis, tudo isso em observância aos princípios da legalidade, segurança jurídica, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório. - No ordenamento jurídico pátrio, em havendo dúvida objetiva, a presunção, de regra, recai contra a Administração Pública, a exemplo dos princípios in dubio pro reo, in dubio contram fisco, in dubio pro societate. Daí segue que, em havendo duas interpretações constitucionalmente admissíveis, deverá prevalecer aquela que beneficia o particular. - Apelação não provida."* (TRF-5 - AC: 466998 PB 0001013-15.2008.4.05.8201, Relator: Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho, Data de Julgamento: 06/10/2009, Quarta Turma, Data da Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 26/10/2009 - Página: 294 - Ano: 2009).

Dessa forma, como já dito, inexistindo expressamente no edital a abrangência do cargo somente para os membros das carreiras jurídicas como Defensor Público, Promotor de Justiça, Magistrado, Procurador Jurídico, etc, não se pode dar interpretação restritiva à norma editalícia, sob pena de violação aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

O objetivo do concurso público é selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício do cargo público, não sendo possível haver prejuízos em razão de uma interpretação modificadora e restritiva de qualquer tópico do edital dada em recurso administrativo posteriormente à apresentação dos títulos.

Nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTROS PÚBLICOS. PROVA DE TÍTULOS. DESCONSIDERAÇÃO DA APROVAÇÃO EM OUTRO CONCURSO PARA SERVIÇO NOTARIAL. TÍTULOS. DEFINIÇÃO DE CARREIRA JURÍDICA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DO EDITAL E APRESENTAÇÃO DOS TÍTULOS PELOS CANDIDATOS.*
>
> *1. Busca o recorrente a computação, para fins de classificação geral, do ponto relativo à aprovação em concurso público para cargo de carreira jurídica outrora recusado pela Comissão do Concurso Público a que se refere o Edital n. 001/99.*
>
> *2. A questão não é nova nesta Corte Superior. No RMS 19.095/MG, da Relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, o pleito do ora recorrente foi integralmente provido. Contra tal decisão, a candidata anteriormente classificada em 1º lugar (Janice Hilária Fonseca), beneficiada pela recolocação do ora recorrente, manejou ação rescisória perante esta Corte Superior, autuada sob o n.3.646/MG, na qual a eminente Ministra Relatora Eliana Calmon concedeu liminar para suspender os efeitos do acórdão objeto da presente reclamação. Após, a Primeira Seção desta Corte julgou procedente o pedido rescisório para anulação do processo ab initio, em razão da ausência de citação da litisconsorte passiva necessária, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, competente para julgar a ação constitucional. Após julgamento pela Corte de origem, vieram os autos com novo recurso ordinário.*
>
> *3. Não há motivos para alterar a decisão que deu provimento ao RMS 19.095/MG.*
>
> *4. "Não tendo o edital do certame definido quais cargos da carreira jurídica serviriam para pontuação de títulos no concurso para serventia, não poderia a Comissão do Concurso, posteriormente à publicação do edital, alterar os critérios de definição, principalmente se os candidatos já haviam apresentado seus títulos. Respeito aos princípios da moralidade, impessoalidade e finalidade"* (RMS 19095/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 23/05/2005, p. 312). 5. Recurso Ordinário provido. (RE nos EDcl nos EDcl no RMS 040956. Ministro Gilson Dipp. Publicação em 10/10/2013).

O que a Comissão do Concurso deveria ter feito era inicialmente ter consignado no edital a previsão de que somente os aprovados em concurso como membros das referidas carreiras jurídicas (Defensor Público, Promotor de Justiça, Magistrados e Procuradores, etc.), especificando os cargos ali atingidos, que deveriam se beneficiar com as respectivas pontuações.

Contudo, inexistindo termos expressos sobre tais exigências no regulamento do concurso quando de sua abertura, a interpretação deve ser abrangente pela conclusão de que os cargos de serviços auxiliares, como exemplos, analista judiciário, notário ou registrador ou qualquer outro que exige a graduação de Ensino Superior de Direito possam ser pontuados.

Ademais, há de ser ressaltado que se algum candidato tivesse alguma dúvida sobre os critérios de contagem desses títulos, poderia ter apresentado sua impugnação no prazo legal, desde a ciência de abertura do concurso, cujo edital foi publicado em 19/05/2014, tendo, inclusive, decorrido o prazo decadencial da impugnação do edital o recurso administrativo interposto em 19/02/2016, quando já decorridos mais de 120 (cento e vinte dias) da publicação e ciência do edital.

Diante do exposto, concedo a segurança para garantir o direito líquido e certo da impetrante com a finalidade de restabelecer a pontuação de 0,50 ponto inicialmente atribuída pela Comissão de Concurso Público, conforme o título apresentado, com a consequente reclassificação final, retornando ao *status quo,* com a ressalva da parte final do item 23.2, item V, onde prevê expressamente: "*desde que já não tenha sido utilizado para pontuar nesta mesma etapa do Concurso Público: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos",* para evitar contagem *bis in idem.*

É como voto.

Sem custas e sem honorários de advogado.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Júlio), após o relator conceder a segurança. Os demais aguardam.

VOTO 22/08/2016

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar o pedido formulado na inicial, bem como a concessão da segurança pelo relator, o qual entendeu que "*a palavra 'cargo' pode ser analisado de uma maneira global onde todas as atividades são executadas e situada dentro do órgão estatal para alguma posição determinada*", não podendo ser alterado o critério de correção, devendo a nota ser atribuída à todos os candidatos com cargos privativos de bacharel em direito, desde que já não tenha sido o título utilizado para pontuar nesta mesma etapa.

Pois bem, após estudar o feito, peço vênia ao ilustre relator para divergir de seu posicionamento, por entender que o edital, neste caso, deve ser interpretado de forma restritiva, uma vez que a previsão para atribuição de pontos aos candidatos que comprovaram exercício de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em direito, de forma geral, já consta do item 23.2, I do edital que regulamenta XVII do Concurso Público de Provas e Títulos publicado no Diário Oficial de 02/06/2014-Deliberação/CSDP Nº13, DE 19/05/2014, vejamos:

> *"23. Da Quinta Etapa – Prova De Títulos*
>
> *23.1 Na quinta etapa do Concurso Público, os candidatos terão os seus títulos avaliados, podendo, pontuar livremente em itens cumulativos, entretanto, a nota máxima nesta prova será, invariavelmente, de até 2 (dois pontos).*
>
> *23.2 Constituirão títulos para as finalidades deste Concurso Público:*
>
> *I – o exercício de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em Direito pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:*
>
> *A) admissão por concurso: 1 (um) ponto;*
>
> *B) admissão sem concurso: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;*
>
> *II – o exercício pelo período mínimo de 3 (três) anos como membro das carreiras da Defensoria Pública (Defensor Público), Magistratura (Juiz de Direito), Ministério Público (Promotores e Procuradores), Advocacia-Geral da União (Advogados da União e Procuradores), Procuradoria (Procuradores) de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados,*

do Distrito Federal e dos Municípios: 2 (dois) pontos;

III – o exercício do Magistério Superior na área jurídica pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:

a) admissão no Corpo Docente por concurso público de provas e/ou títulos: 1(um) ponto;

b) admissão no Corpo Docente sem concurso público de provas e/ou títulos: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;

IV – o exercício efetivo da advocacia, como advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo período mínimo de 5 (cinco) anos: 1(um) ponto;

V – aprovação em Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que já não tenha sido utilizado para pontuar nesta mesma etapa do Concurso Público: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;"

Ainda, destaco que da simples leitura do item 23.2, V do edital acima mencionado, clarividente que a previsão de atribuição de 0,5 ponto para os candidatos que comprovem aprovação em *"Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União (...)*", não deve ser interpretada de forma ampla, pois não seria nada razoável ou proporcional atribuir a mesma nota à candidatos aprovados em concurso da "magistratura", como previsto, e candidatos aprovados para os diversos cargos privativos de bacharel de direito das demais carreiras apontadas no referido item 23.2, V.

Neste mesmo sentido foi o parecer da PGJ:

"Ademais, como bem argumentou a autoridade coatora, o próprio item 23.2, V fez menção a 'Magistratura' (termo que se designa o cardo de magistrado) e não a cargos do 'Poder Judiciário', corroborando o entendimento de que a pontuação deve ser atribuída apenas aos candidatos que obtiveram aprovação em concurso público para membros"

Aliás, é de se destacar que o artigo 10 da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul apresenta previsão de paridade/equiparação dos cargos da defensoria pública e da magistratura estadual, destaco:

"Art. 10. Para cada cargo da carreira da magistratura estadual haverá no mínimo um cargo correspondente na carreira da Defensoria Pública.

Parágrafo único. A Defensoria Pública contará, para atuação no primeiro e no segungo grau de jurisdição, com um quadro de Defensores Públicos provido nos termos desta Lei Complementar (...)"

Por fim, destaco trecho da decisão do Conselho Superior da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul:

"Primeiramente, quando o inciso V consigna 'aprovação em Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público etc,' atribuindo a tal situação 0,5 ponto, por óbvio que restringe esse título aos que lograram aprovação em certame destinado ao preenchimento de cargos das respectivas atividades-fim dessas carreira, quais sejam, Defensores Públicos, Magistrados, Promotores etc, jamais ao

preenchimento de seus cargos administrativos/serviços auxiliares, tanto que até utiliza o termo 'Magistratura', de uso exclusivo de quem exerce a função jurisdicional.

(...)

Impede ainda ressaltar, que dentre os títulos arrolados no item 23.2 (incisos I e VII) somente o inciso contempla a hipótese de uma mera admissão em concurso público gerar pontuação (0,5), a mesma, aliás, conferida pela publicação de livro jurídico de autoria exclusiva do candidato (VII), o que só reforça o fato de o inciso V abraçar somente concursos públicos de maior complexidade, daí a total irrazoabilidade de se pretender que a norma alcance os aprovados para cargos administrativos/serviços auxiliares (...)"

Assim, sem mais delongas, não tenho dúvidas em, concordando com o parecer da PGJ, apresentar voto dissidente para denegar a segurança pleiteada.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 2º vogal (Des. Sideni), após o relator conceder a segurança e o 1º vogal a denegar. os demais aguardam.

VOTO 26/09/2016

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão de fundo posta à análise deste Colegiado, mormente diante da divergência estabelecida.

Rememorando os autos, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por candidato ao concurso Público para o cargo de Defensor Público Substituto da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, onde se discute a interpretação do item 23.2, inciso V, do Regulamento do certame, que, por oportuno, transcrevo uma vez mais:

"(...) 23. Da Quinta Etapa – Prova De Títulos

23.1 Na quinta etapa do Concurso Público, os candidatos terão os seus títulos avaliados, podendo, pontuar livremente em itens cumulativos, entretanto, a nota máxima nesta prova será, invariavelmente, de até 2 (dois pontos).

23.2 Constituirão títulos para as finalidades deste Concurso Público:

I – o exercício de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em Direito pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:

A) admissão por concurso: 1 (um) ponto;

B) admissão sem concurso: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;

II – o exercício pelo período mínimo de 3 (três) anos como membro das carreiras da Defensoria Pública (Defensor Público), Magistratura (Juiz de Direito), Ministério Público (Promotores e Procuradores), Advocacia-Geral da União (Advogados da União e Procuradores), Procuradoria (Procuradores) de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: 2 (dois) pontos;

III – o exercício do Magistério Superior na área jurídica pelo período mínimo de 3 (três) anos, mediante:

a) admissão no Corpo Docente por concurso público de provas e/ou títulos: 1(um) ponto;

b) admissão no Corpo Docente sem concurso público de provas e/ou títulos: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;

IV – o exercício efetivo da advocacia, como advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo período mínimo de 5 (cinco) anos: 1(um) ponto;

V – aprovação em Concurso Público para cargos da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que já não tenha sido utilizado para pontuar nesta mesma etapa do Concurso Público: 0,5 (zero vírgula cinco) pontos;"

A celeuma se instaurou quanto à melhor exegese do sub-item V, do item 23.2 da Resolução do Concurso.

A autoridade impetrada adotou interpretação no sentido de que referido dispositivo alude à aprovação em concurso público para a carreira da *Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

A impetrantes, ao revés, sustenta que a melhor interpretação residiria em admitir pontuação na prova de títulos na hipótese de aprovação em concurso público para qualquer cargo, inclusive serviços auxiliares, da *Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

O eminente Relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, declinou a procedência da pretensão inicial, ao passo em que o eminente 1º vogal, Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso, votou pela denegação da segurança.

Pois bem.

Em que pesem as relevantes e valiosas considerações deduzidas pelo eminente Relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, entendo que a segurança deve ser, de fato, denegada, alinhando-me à divergência, inaugurada pelo 1º Vogal e em consonância com o parecer ministerial.

Tal solução encontra guarida em técnicas de interpretação do direito: gramatical, lógica e sistemática. Vale recordar, A interpretação gramatical utiliza-se do significado e do alcance das palavras para a compreensão do conteúdo do texto normativo valendo-se de conceitos léxicos e de relações entre as palavras. A interpretação lógica permite encontrar o significado da norma jurídica através da coerência, considerando sua finalidade e intenção do autor do texto. A interpretação sistemática, por sua vez, considera o ordenamento como um todo unitário, sem incompatibilidades, que orienta o significado da norma que seja coerente com o conjunto.

Nessa ordem de ideias, tem-se que o critério gramatical depende usualmente de boa técnica de redação, do qual se afastou o texto transcrito, da Resolução do concurso. A despeito disso, a meu juízo é inconcebível, gramaticalmente, que se refira o texto aos cargos alusivos aos serviços auxiliares.

Embora admissível, gramaticalmente, falar-se em serviços auxiliares quando se alude a cargos da "Defensoria Pública" e do "Ministério Público", posto que se remete às próprias instituições, o mesmo não ocorre quando se refere a cargos da Magistratura, da Advocacia-Geral da União e de Procuradorias.

Como efeito, o cargo da magistratura alude clara e inequivocamente à carreira dos magistrados; o cargo da Advocacia-Geral da União alude apenas ao Advogado da União, e de Procuradorias, aos procuradores.

Pelo critério lógico, buscando coerência com as demais normas contidas no item 23 do certame (concernente à prova de títulos) tem-se, igualmente, a incompatibilidade da interpretação emprestada pelos impetrantes. Repare que a nota máxima na prova de títulos é de 2 pontos (item 23.1). Em todos as hipóteses de pontuação contidas no item 23.2 há referência à atividades desenvolvidas com exigência de formação superior em direito. A tese veiculada na inicial admitiria pontuação para o desempenho de atividades sem essa característica (de formação superior), pois também os cargos de formação secundária (como técnicos, agentes e auxiliares administrativos) também pontuariam. Essa interpretação afasta-se do conjunto lógico que se extrai da prova de títulos e do próprio certame, tendente à seleção de membros da Defensoria Pública.

Finalmente, pelo critério sistemático, não se justifica a pontuação por títulos pelo exercício de funções alusivas à serviços auxiliares da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista sua baixa complexidade. Em outras palavras, o desempenho de funções auxiliares não traz ínsita bagagem profissional, intelectual ou política apta a ser utilizado como critério de seleção de candidato ao cargo de Defensor Público.

Haveria, ainda, grave desproporcionalidade nas notas. O sub-item V, do item 23.2, em análise, refere-se à simples aprovação, não exercício. E pontua o candidato em 0,5 pontos. No sub-item II, exige-se exercício por no mínimo 3 anos da atividade como membro das carreiras da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O sub-item I, do mesmo item 23.2, pontua o exercício de cargo, emprego ou função pública privativa de bacharel em direito pelo período mínimo de 3 anos, mediante concurso público, para atribuir 1,0 ponto à nota do candidato, e 0,5 pontos, sem aprovação em concurso público.

Haveria, portanto, grave desproporcionalidade em atribuir 0,5 ponto pela simples aprovação em concurso público para cargos auxiliares da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público, Advocacia-Geral da União e de Procuradorias de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar a dissidência, inaugurada pelo eminente Des. Julio Roberto Siqueira Cardoso, e, em consonância com o parecer, denegar a segurança, tendo em vista a ausência de direito líquido e certo.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, denegaram a segurança, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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, 26 de setembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1411005-68.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – TUTELA PROVISÓRIA – FALECIMENTO DE CURADOR POR DESCARGA ELÉTRICA – PENSÃO MENSAL DEVIDA AO CURATELADO – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – ARTIGO 300, DO CPC/2015 – PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A concessão da tutela provisória depende do preenchimento dos requisitos descritos no artigo 300, do CPC/2015, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A empresa concessionária de energia elétrica tem responsabilidade objetiva pelo falecimento de consumidor em razão de contato com cabo de alta tensão, devendo suportar o pagamento de pensão mensal em favor do descendente da vítima, em razão de haver dependência econômica.

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 em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2016.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Aires Ximenes Menezes, representado por sua curadora, Ramona Ximenes Menezes, interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação ordinária proposta em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S.A.

Nas razões recursais (f. 01-12), o agravante sustentou que é portador de retardo mental grave, transtorno mental e perda da audição bilateral neurosensorial, sendo diagnosticado como totalmente incapaz para os atos da vida civil e que, em razão dessa enfermidade, era totalmente dependente do seu genitor e então curador, Dari Menezes.

Justificou que no dia 25.05.2016, após uma queda de energia na rede elétrica, o seu genitor se dirigiu à frente de sua residência para verificar o que teria ocorrido, oportunidade na qual foi atingido por um cabo de alta tensão que se desprendeu da torre de energia, vindo a falecer instantaneamente.

Asseverou que a empresa agravada não vem lhe prestando nenhum tipo de auxílio moral ou material, razão pela qual ajuizou a demanda objetivando a fixação de pensão mensal no valor de R$ 6.000,00, já que era este o rendimento auferido por seu falecido genitor. Relatou que estão suficientemente demonstrados os requisitos necessários à concessão da tutela provisória, mas que o magistrado *a quo* entendeu ser o caso de indeferi-la.

Finalizou pedindo o conhecimento do recurso, concedendo-lhe os benefícios da justiça gratuita bem como a tutela recursal, fixando pensão mensal em valor equivalente a 6 salários mínimos.

Quando do recebimento do recurso, foi concedida a tutela recursal para o fim de condenar a agravada ao pagamento de pensão mensal equivalente a 02 salários mínimos em favor do agravante (f. 112-118).

Em contraminuta (f. 124-125), o agravado defendeu o desprovimento do recurso.

Em parecer (f. 196-205), a PGJ opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, condenando a agravada ao pagamento de pensão mensal equivalente a 2 salários mínimos.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Aires Ximenes Menezes, representado por sua curadora, Ramona Ximenes Menezes, contra a decisão proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação ordinária proposta em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S.A.

O autor, ora recorrente, ajuizou a presente demanda afirmando ser portador de deficiência e que tinha como curador o seu genitor Dari Menezes. Contudo, conforme documentação encartada aos autos, seu genitor, em 25.05.2016, por volta das 23h, teve contato com um cabo de alta tensão que havia se desprendido da torre de energia, vindo a falecer instantaneamente.

Diante do óbito de seu curador, o agravante afirma estar totalmente desamparado, de modo que a requerida deve lhe dar o devido suporte em razão de ser a responsável pela fatalidade ocorrida com seu genitor.

Ao final, pugnou pela concessão de tutela antecipada para que a requerida/agravada seja condenada ao pagamento de pensão mensal vitalícia no importe de R$ 6.000,00 (f. 13-20).

Ao analisar o pedido de tutela, o magistrado *a quo* entendeu ser o caso de indeferi-la, proferindo decisão assim fundamentada (f. 62-64):

> *"(...)*
>
> *Tenho que, por ora, não assiste razão ao autor.*
>
> *Isto porque, ausentes os requisitos previstos na lei processual civil (CPC, art. 300), suficientes a permitirem a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada e antecedente pretendida, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *Insta salientar que não restou demonstrado, ao menos em sede de cognição sumária, a possibilidade de que o autor possui o direito alegado e que está sujeito à*

situação de perigo, razão pela qual o indeferimento da tutela de urgência requerida é medida que se impõe.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que não há nos autos qualquer documento que comprove a dependência financeira do requerente em relação ao seu genitor e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação caso aguarde o deslinde do presente feito – restando ausentes, portanto, os requisitos autorizadores da tutela de urgência requerida, quais sejam, o juízo de probabilidade e a demora do provimento jurisdicional.

Além disso, há o manifesto perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, eis que o pedido liminar consiste em verba de natureza alimentar, o que impede a concessão da tutela de urgência, nos termos do § 3º, do artigo 300, do Código de Processo Civil.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem indeferir a tutela de urgência de natureza antecipada pretendida no pedido inicial.

(...).”

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso objetivando a reforma da decisão, considerando que restaram satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Sendo assim, o cerne da questão posta em debate limita-se em saber se estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela provisória, condenando a recorrida ao pagamento de pensão mensal vitalícia em favor do recorrente.

Com relação à tutela de urgência pretendida, impende ressaltar que o artigo 300, do CPC/2015 exige a presença de alguns requisitos, estabelecendo o seguinte:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão».

Segundo lecionam Luis Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória” (Código de Processo Civil Comentado. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 382) – destacado.

A propósito, a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória é aquela que compromete a realização imediata ou futura do direito.

Na hipótese dos autos, restaram satisfeitos tanto a probabilidade do direito quanto o perigo de dano, devendo ser concedida a tutela provisória.

A probabilidade do direito está consubstanciada no fato de o agravante ser portador de deficiência mental e economicamente dependente de seu falecido curador, o qual veio a óbito após ter contato com um cabo de alta tensão rompido.

Aliás, é oportuno já ressaltar que a responsabilidade civil da empresa concessionaria de energia elétrica é objetiva, justamente em razão do risco da atividade, conforme já restou decidido pelo STJ:

> ***"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR FAMÍLIA DE VÍTIMA DE ACIDENTE FATAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.***
>
> ***1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.***
>
> ***2. Inviável a análise da negativa de vigência a dispositivo legal que não estava em vigor à época dos fatos.***
>
> ***3. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já se reconhecia a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de energia elétrica, em virtude do risco da atividade.***
>
> ***4. O risco da atividade de fornecimento de energia elétrica é altíssimo sendo necessária a manutenção e fiscalização rotineira das instalações. Reconhecida, portanto, a responsabilidade objetiva e o dever de indenizar.***
>
> ***5. Conforme a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, sendo incontroverso o óbito, as despesas com o funeral, são presumidas, de modo que é adequada sua fixação limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária.***
>
> ***6. É inolvidável a dependência econômica do descendente em relação ao ascendente e do dever deste de prover a subsistência daquele, sendo, consequentemente, devida reparação por danos materiais ao filho menor.***
>
> ***7. Reconhece-se também que a viúva sofreu prejuízos materiais em decorrência da morte do marido, cuja renda era de fundamental importância para o sustento da família.***
>
> ***8. Diante das peculiaridades do caso, razoável a fixação da compensação por danos morais no valor de 300 salários mínimos a cada um dos recorrentes.***
>
> ***9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido"*** (STJ; REsp 1095575/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 26/03/2013) – destacado.

Por sua vez, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo caracteriza-se pela evidente dependência econômica do agravante em relação ao genitor falecido. Em que pese o valor do rendimento percebido pelo falecido não estar efetivamente comprovado até esta fase processual, fato é que deve ser fixado um valor razoável para a manutenção das despesas do recorrente, sem prejuízo de posterior majoração ou redução, conforme restar demonstrado durante a instrução processual.

Sendo assim, por ora, deve ser mantido o valor arbitrado quando da concessão da tutela recursal, qual seja, 2 salários mínimos por mês.

Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, conheço do agravo de instrumento interposto por Aires Ximenes Menezes e dou-lhe parcial provimento para, confirmando a tutela recursal (f. 112-118), reformar a decisão agravada e conceder a tutela provisória, condenando a recorrida ao pagamento de pensão mensal em favor do agravante no importe de 2 salários mínimos mensais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0000254-31.2009.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE FILHO MENOR – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A RÉ ASSUMIU A OBRIGAÇÃO DE CUIDAR DOS FILHOS DA AUTORA NO DIA DOS FATOS – AUSÊNCIA DE DOLO E CULPA NA CONDUTA DO AGENTE CAUSADOR DO DANO (RÉU/CONDUTOR DO CAMINHÃO) – DEVER OBJETIVO DE CUIDADO OBSERVADO – IMPREVISIBILIDADE DO RESULTADO LESIVO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não há qualquer elemento nos autos que permita concluir tenha a ré assumido a obrigação de cuidar dos filhos da autora no dia dos fatos, ônus que a esta incumbia por força do que dispunha o artigo 333, I, do CPC/73, pelo que não há como impor-lhe a obrigação de reparar os danos por essa sofridos.

Por dolo entende-se a vontade consciente dirigida à finalidade de realizar (dolo direto) ou aceitar realizar (dolo eventual) determinada conduta, o que não se vislumbra, ainda que minimamente, na hipótese dos autos.

Por conduta culposa entende-se aquela praticada com inobservância do dever de cuidado, aliada à previsibilidade do resultado lesivo. Dever de cuidado observado e resultado lesivo imprevisível. Culpa inexistente.

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, 18 de outubro de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Degmar Dias apela da sentença proferida pelo juiz da comarca de Pedro Gomes que, nos autos da ação de indenização ajuizada contra Nomero Pedro Pocai e Zeni Azevedo Pocai, julgou improcedente a pretensão do autor.

Em suas razões, a apelante sustenta, em resumo, que o juiz singular, quando da formação de sua convicção, deixou de apreciar dados relevantes ao julgamento escorreito da lide; o que se extrai das declarações prestadas pelo próprio apelado perante a autoridade policial é justamente o contrário daquilo

vislumbrado pelo magistrado sentenciante, pois a dinâmica do acidente permite inferir que o motorista não empregou o devido cuidado, haja vista estar dirigindo um caminhão – o que por si só requer maiores cuidados – e, mesmo ciente da presença de duas crianças na fazenda, estacionou o veículo em marcha ré, sem se certificar de onde essas estavam; a garagem não era apartada e distante da sede da fazenda, como entendeu o juiz, e a presença das crianças não era esporádica, mas frequente; o condutor do caminhão tinha conhecimentos suficientes da presença da criança na fazenda e de que ela já caminhava, sendo-lhe totalmente possível prever a tragédia; e que as provas relativas à culpa civil estão nos autos, bastando, para sua verificação, sejam apreciadas de forma acurada. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam julgados procedentes os pedidos indenizatórios formulados (f. 316-332).

Contrarrazões às f. 338-349.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Degmar Dias apela da sentença proferida pelo juiz da comarca de Pedro Gomes que, nos autos da ação de indenização ajuizada contra Nomero Pedro Pocai e Zeni Azevedo Pocai, julgou improcedentes os pedidos formulados.

Em suas razões, a apelante sustenta, em resumo, que o juiz singular, quando da formação de sua convicção, deixou de apreciar dados relevantes ao julgamento escorreito da lide; o que se extrai das declarações prestadas pelo próprio apelado perante a autoridade policial é justamente o contrário daquilo vislumbrado pelo juiz singular, pois a dinâmica do acidente permite inferir que o motorista não empregou o devido cuidado, haja vista estar dirigindo um caminhão – o que por si só requer maiores cuidados – e, mesmo ciente da presença de duas crianças na fazenda, estacionou o veículo em marcha ré, sem se certificar de onde essas estavam; a garagem não era apartada e distante da sede da fazenda, como entendeu o juiz, e a presença das crianças não era esporádica, mas frequente; o condutor do caminhão tinha conhecimentos suficientes da presença da criança na fazenda e de que ela já caminhava, sendo-lhe totalmente possível prever a tragédia; e que as provas relativas à culpa civil estão nos autos, bastando, para sua verificação, que sejam apreciadas de forma acurada. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam julgados procedentes os pedidos indenizatórios formulados.

Passo ao voto.

Colhe-se dos autos que o juiz singular, considerando que:

> *"O que define a conduta culposa (...) é o descumprimento do dever objetivo de cuidado, isto é, a cautela necessária na realização dos atos da vida para que não se lesione bens jurídicos alheios (...)" (f. 307), bem como que "(...) nenhuma prova indica que o falecido Nomero Pedro Pocai agiu de maneira imprudente, negligente ou com imperícia ao estacionar o caminhão na garagem da fazenda, bem como, nada demonstra que a requerida Zeli Azevedo Pocai tenha deixado de observar as cautelar exigidas na atenção dedicada às crianças que estavam na fazenda (...)" (f. 307)*

Julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e materiais formulados pela autora, ora apelante, o que deve ser mantido.

O artigo 927 do Código Civil de 2002, que inaugura o capítulo atinente à responsabilidade civil, estabelece que "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

Os artigos 186 e 187, por sua vez, dispõem, respectivamente, que:

> *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."*

O exame dos autos permite concluir não se tratar de pedido indenizatório formulado com base em abuso de direito, sendo desnecessária, portanto, a análise dos autos sob a ótica do artigo 187 do CC/2002.

Comentando o artigo 186 acima indicado, Nestor Duarte[1] leciona que:

> *"São elementos indispensáveis para obter a indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexo causal, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente."*

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto[2], aprofundando o tema responsabilidade civil, ensinam:

> *"Em um breve retrospecto histórico, observarmos que o modelo herdado da actio legis aquiliae se estrutura no dogma da culpa. A entronização iluminista da razão humana criou fortes raízes na responsabilidade civil. Se nossos atos são impelidos pela racionalidade, a responsabilidade se afirma como o reverso da liberdade concedida ao agente econômico. Apenas seremos responsabilizados por danos quando evidenciado que o comportamento foi inspirado por uma vontade espontânea, pois se não há ato de vontade, tampouco há responsabilidade. Daí a necessidade da* ***vítima provar que ao agente poderia ter escolhido outra forma de agir, mas não o fez****. Esta seria a medida da culpa: a omissão do bem senso por parte daquele que conscientemente ignorou regras de honestidade. A responsabilidade se converte em uma regra moral.*
>
> *(...)*
>
> *Quando indagamos qual era o fundamento da responsabilidade à luz do Estado Liberal, temos como resposta "o mau uso da liberdade individual" o que, em outros termos, pode ser entendido como a utilização culposa do espaço de autonomia da vontade. Nasce aí a justificativa moral para a imposição de uma sanção: não uma vingança, nem uma pena, mas a expiação de um pecado, como exigia a doutrina cristã. Assim, a culpa passa a ser compreendida como uma falta de atenção daquele que poderia prever o resultado de seu agir, ou como proclama Aguiar Dias, "a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude". Em reforço a esta visão metafísica da culpa, com base em conceitos como ofensa à decência e integridade surge a famosa trilogia, "negligência, imprudência, imperícia", termos que acentuam o aspecto desedificante de comportamentos despidos daquela virtude espiritual. Em outras palavras, forma-se um consenso no sentido de compreender a culpa como o erro de conduta por omissão de diligência exigível no caso concreto, situação na qual o agente atua na inadequadamente por descuido ou falta de habilidade, isto é, sem observar o dever de cuidado.*

1 **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916, 6. ed. rev. e atual., Barueri, SP: Manole, 2012, p. 138.

2 **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, 3ª ed. rev. e atual., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190-193.

> *Nessa representação moral da culpa, a solução convencional do julgador - no interno de um processo de responsabilidade civil – consiste em identificar se naquele evento o resultado lesivo era previsível para aquele determinado agente. Ou seja, houve um comportamento adequado às circunstâncias por parte do ofensor? Toda a investigação é centrada nas particularidades e vicissitudes do agente. Sendo positiva a resposta, o agente será exonerado, demonstrando que adotou todas as medidas idôneas, de modo que o resultado danoso era imprevisível no contexto. Cuida-se de uma previsibilidade pessoal, na qual o agente não prevê o resultado, que podia e devia prever. Como sintetiza Pessoa Jorge, a culpa exprimiria a voluntariedade da conduta, um juízo de fato baseado no estado psíquico de seu autor, mais precisamente, "o nexo de imputação psicológica do ato ao agente". (...)".*

A conduta culposa, portanto, pode ser definida como sendo aquela praticada com inobservância do dever de cuidado, aliada à previsibilidade do resultado lesivo.

In casu, a autora, ora apelante, pretende obter a condenação dos réus, ora apelados, ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência do falecimento da sua filha, Adaila Aparecida Alves Dias, no dia 12/03/2004.

Como suporte da sua pretensão, alega que:

> *"(...) o primeiro réu, ao agir com negligência, por não ter tomado o cuidado devido ao estacionar um veículo grande e pesado, cometeu um ato ilícito que foi o de tirar a vida da filha de 11 meses (...)" e que "(...) a segunda demandada, dona Zeni, ao se omitir no cuidado com a criança, também cometeu ato ilícito e ensejou ou possibilitou que a criança estivesse em perigo, sendo que a criança, por algumas horas, ficou sob sua responsabilidade (...)".*

Quanto à responsabilidade de Zeni Azevedo Pocai pelo fatídico incidente, não há qualquer elemento nos autos que permita concluir tenha ela assumido a obrigação de cuidar dos filhos da autora no dia dos fatos, ônus que a esta incumbia por força do que dispunha o artigo 333, I, do CPC/73[3].

Relativamente a Nomero Pedro Pocai, não há dúvidas sobre haver sido ele o causador da morte da menor Adaila Aparecida Alves Dias. Para se lhe imputar a responsabilidade pelos danos experimentados pela autora, contudo, necessário se faz, nos termos do artigo 186 do Código Civil, analisar ter ele agido com dolo ou culpa.

Por dolo entende-se a vontade consciente dirigida à finalidade de realizar (dolo direto) ou aceitar realizar (dolo eventual) determinada conduta, o que não se vislumbra, ainda que minimamente, na hipótese dos autos.

Resta averiguar, assim, se Nomero Pocai agiu com inobservância ao dever objetivo de cuidado e, ainda, se o resultado lesivo era, para ele, previsível.

Do laudo pericial realizado nos autos do inquérito policial para vistoria do local onde ocorreu o sinistro (f. 60-66) extrai-se as seguintes informações, necessárias para o deslinde da controvérsia instaurada:

> *"(...) Conforme informou a autoridade requisitante ao perito, o veículo em tela teria atropelado uma criança no momento em que estaria a realizar manobra em marcha ré para estacionar na sede da fazenda, local este que se situa entre as duas casas referias acima.*

3 "*Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;"

> *Foi observado que no local citado, para se realizar a manobra, o condutor deve levar o veículo em sentido contrário ao da estrada de acesso a sede e quando esta se desenvolver em curva para a direita, o condutor deve realizar manobra para a esquerda a fim de posicionar o veículo em marcha ré, daí seguir até o ponto onde foi indicado como local do evento que se situaria entre as duas casas. Portanto, constatou-se que esta manobra em marcha ré é plenamente executável – ver fotos 01 e 03.*
>
> *A distância entre o ponto de manobra inicial até a frente do portão de entrada para a casa-sede é de aproximadamente quarenta metros, e no momento dos exames o tempo se apresentava claro e oferecia boa visibilidade.*
>
> *Entre a casa-sede e a estrada de acesso a esta, há somente a cerca de arame liso como obstáculo, sendo constatado o ultimo fio de arame da parte inferior fica a uma distância máxima do solo de 20,0 cm.*
>
> *A distância da casa-sede até a cerca é de 8,0 m. A distância da casa de depósito e oficina é de 10,5 m e há na frente desta três árvores adultas a cerca de três metros da varanda – ver foto 03 e 04. (...).”*

Conforme atestado pelo perito, a manobra realizada por Nomero Pocai com o caminhão quando do acidente é perfeitamente possível, pelo que não há falar em inobservância das cautelas necessárias para o ato.

Também como afirmado pelo experto, a casa-sede onde se encontrava a menor antes do acidente é margeada por uma cerca de arame liso que dela dista cerca de 8 (oito) metros e cujo último fio da parte inferior fica a, no máximo, 20 cm (vinte centímetros) de distância do solo.

Não fosse isso, apurou-se, também, conforme acima transcrito, que “*A distância entre o ponto de manobra inicial até a frente do portão de entrada para a casa-sede é de aproximadamente quarenta metros*”. Ora, se da casa onde se encontrava a menor até a cerca que a ladeia há um espaço de 8 (oito) metros e da cerca (onde se encontra o portão de entrada) até o ponto de manobra um de 40 (quarenta) metros, é certo que da casa até o ponto de manobra há uma distância de 48 (quarenta e oito) metros.

Considerando esses fatos, bem como o de que a vítima contava, na época, com apenas 11 (onze) meses de idade, por óbvio que não há falar em “previsibilidade do resultado”. Com efeito, o simples fato de uma criança de 11 (onze) meses de idade percorrer a distância de quase 50 (cinquenta) metros, justamente na direção do local em que ocorreu o acidente, já é algo imprevisível. A isso, some-se a circunstância de que ela, para tanto, transpôs obstáculo existente no lugar, qual seja, a cerca de arame, tornando o resultado mais imprevisível ainda.

Desta feita, por não haver sido demonstrado que Zeni Azevedo Pocai tivesse assumido a obrigação de cuidar dos filhos da autora no dia dos fatos, bem como porque afastados tanto o dolo quanto a culpa relativamente à conduta de Nomero Pedro Pocai, a manutenção da sentença de improcedência dos pedidos indenizatórios formulados pela autora é medida que se impõe.

Posto isso, conheço do recurso interposto 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de outubro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0059914-70.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA DEFENSORIA PÚBLICA E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – MATÉRIAS SUBMETIDAS À APRECIAÇÃO DO TRIBUNAL POR MEIO DE AGRAVO RETIDO – AGRAVO RETIDO DESPROVIDO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ACOLHIMENTO DE MENORES INFRATORES EM NÚMERO SUPERIOR À CAPACIDADE DAS UNIDADES EDUCACIONAIS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE – INSTALAÇÕES FÍSICAS DAS UNIDADES EM CONDIÇÕES INFERIORES ÀS EXIGIDAS – DETERMINAÇÃO PARA CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE UNIDADES EDUCACIONAIS DE INTERNAÇÃO NOS PADRÕES DO SINASE – INVIABILIDADE – PRAZO DE 10 (DEZ) ANOS ESTABELECIDOS EM LEI PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS POR ELA PREVISTAS – RECEBIMENTO DE ESCOLARIZAÇÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO – REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES CULTURAIS, ESPORTIVAS E DE LAZER – CUMPRIMENTO DENTRO DAS POSSIBILIDADES – *ASTREINTES* – REDUÇÃO – RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO – RECURSO DO RÉU E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

De fato, o artigo 134 da Constituição Federal "*(...) assegura às Defensorias Públicas a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º (§ 2º), bem como estabelece como seus princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§ 4º)*", sendo que "*Com base nesse mandamento, o § 2º, do artigo 4º, da Lei Complementar n. 80/1994, estabelece expressamente sobre a possibilidade de o Defensor Público ingressar com ação contra as pessoas jurídicas de direito público (...)*". Tal orientação foi corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.264.116/RS. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* rejeitada.

Os investimentos realizados assim o foram em decorrência da decisão liminar proferida em caráter provisório, a qual depende de confirmação por meio de sentença para tornar-se definitiva. Preliminar de perda de objeto igualmente afastada.

Os depoimentos prestados em juízo e cuja degravação pretende o réu sempre estiveram à sua disposição, pelo que não há falar em cerceamento de defesa.

A pretensão da autora consistente na determinação ao réu que crie e mantenha unidades educacionais de internação nos padrões do SINASE, como assentou a juíza singular "*(...) se mostra inviável neste momento, pois a própria Lei estabeleceu o prazo de dez anos para efetivação das medidas por ela apresentadas*".

Correta a sentença, no ponto que obrigou o réu a acolher nas unidades de internação e semiliberdade Dom Bosco e Novo Caminho adolescentes até o limite de sua capacidade, porquanto comprovado nos autos o acolhimento em número superior.

Relativamente à separação dos adolescentes por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, não é observada na unidade de internação (UNEI Dom Bosco), em afronta ao que preceitua o artigo 123 do ECA.

O réu, dentro das suas possibilidades, não obstante a situação de precariedade existente quando da propositura da presente demanda, vem procurando dar cumprimento àquilo que preceitua a legislação voltada à proteção das crianças e adolescentes no que toca ao acesso a objetos necessários à higiene e asseio pessoal, habitação em alojamento com condições adequadas de higiene e salubridade, recebimento de escolarização e profissionalização, bem como realização de atividades culturais, esportivas e de lazer.

A multa cominatória, por ter natureza inibitória, deve ser fixada em valor razoável, capaz de compelir o réu a cumprir a obrigação. O valor arbitrado nos autos, sem limitação de prazo, apesar da relevância da demanda, é desproporcional, motivo pelo qual comporta redução.

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 agravo retido e afastar a preliminar e, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso de Estado de Mato Grosso do Sul e à Remessa Necessária e negar provimento ao apelo de Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul apelam da sentença proferida pela juíza da vara da infância, juventude e do idoso da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação civil pública por aquela ajuizada contra este, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para, convalidando a tutela antecipada que obrigou o réu a acolher nas unidades de internação e semi-liberdade Dom Bosco e Novo Caminho adolescentes até o limite de sua capacidade, determinar-lhe que o faça, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser revertida em prol do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de Campo Grande, a divisão dos adolescentes pelo critério de idade, compleição física e gravidade da infração, bem como apresentar plano estadual de atendimento socioeducativo.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em suas razões, sustenta, em síntese, que o § 8º do artigo 227 da Constituição Federal determina que será estabelecido por lei o instrumento destinado a regular os direitos dos jovens, bem como o plano nacional com intuito de executar as políticas públicas pertinentes; a regulamentação do referido dispositivo constitucional veio com a promulgação da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, o qual estabelece, dentre outras determinações, que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA detém competência para as funções normativa, deliberativa, de avaliação e de fiscalização do SINASE, em consonância com a lei de criação do aludido conselho – Lei nº 8.242/1991; o CONANDA, por sua vez,

estabeleceu por meio das Resoluções nº 113/2013, 119/2013 e 160/2013 e pelo próprio Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo as diretrizes e regras que devem ser seguidas na implementação e execução do SINASE; a determinação para a efetivação do sistema socioeducativo, do qual participam todas as esferas do Poder Público e no qual há diversos instrumentos normativos, além de estar na legislação, trata-se da realização de princípios constitucionais fundamentais; não há dúvidas de que o Poder Público tem obrigação de implementar integralmente o sistema socioeducativo, uma vez que se trata de política pública instituída na ordem social constitucional, e que não detém discricionariedade acerca da oportunidade e conveniência para tanto; cabe à administração pública optar pela execução de seus atos administrativos, em especial os discricionários, porém, há limites à discricionariedade, devendo o administrador optar, em prol do interesse público, por solucionar e priorizar situações que demandem solução urgente ou emergencial em detrimento de outras; na seara da omissão administrativa e sua apreciação pelo Poder Judiciário, sua ilegalidade e a responsabilidade da administração pública surge em razão da atuação irregular dessa ou quando o serviço funcionou abaixo dos padrões exigidos pela sociedade ou sequer houve atuação da administração; e que a omissão do poder público é passível de análise pelo Poder Judiciário, seja pela afronta aos princípios da legalidade, supremacia do interesse público e da proporcionalidade e razoabilidade, seja em decorrência do dever de indenizar que surge face aos danos sofridos pelo administrado. Pede provimento do recurso para, reformando-se parcialmente a sentença proferida, seja reconhecida a total procedência dos pedidos formulados na inicial, especialmente no que se refere à determinação para que o Estado de Mato Grosso do Sul cumpra integralmente todos os parâmetros, diretrizes e normas estabelecidos no CONANDA e SINASE, na exata forma como estabelece a normatização pertinente para a efetivação do sistema socioeducativo (f. 1225-1250).

Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, requer, preliminarmente, seja julgado o agravo retido em que alega ser a Defensoria Pública parte ilegítima para propor a presente ação, pois desprovida de personalidade jurídica, confundindo-se com o próprio Poder Executivo Estadual, bem como ter havido a perda superveniente do objeto da ação em decorrência dos investimentos já realizados nas UNEI's indicadas na inicial; aduz, outrossim, que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o pedido de degravação dos depoimentos prestados em juízo para melhor fundamentar os memoriais a serem apresentados foi apreciado somente quando da sentença prolatada e, ainda, indeferido. No mérito, assevera, em suma, que as resoluções do CONANDA servem apenas de referência, não impondo obrigações; a tutela antecipada deferida no início do processo não poderia ser convalidada pela sentença, primeiro em razão da falta de amparo constitucional que causou inegável interferência do Poder Judiciário nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo e, segundo, por inobservância do princípio da reserva do possível; ao contrário do entendimento esposado na sentença, tem envidado esforços para o equacionamento do problema das UNEI's, todavia, como em qualquer outra política pública, encontra limitações de ordem orçamentária e financeira, que são intransponíveis em razão da responsabilidade com que se deve conduzir a *res publica*; em razão de tais restrições, cabe ao agente político que chefia o Poder Executivo a tomada de decisões para o atendimento das situações mais emergenciais em todas as frentes de atendimento, pelo que não se pode, simplesmente, taxar de omissa a conduta estatal, porquanto existente política pública em execução quanto às unidades de internação de adolescentes; a decisão recorrida, que limitou o quantitativo de internos da UNEI, apresenta clara omissão ao não examinar e levar em consideração as demais obrigações do Estado frente às inúmeras demandas que lhe são impostas, inclusive no que diz respeito às demais UNEI's em funcionamento em diversos municípios do Estado; construiu um novo bloco de alojamento na UNEI Dom Bosco no valor de R$ 674.000,00 (seiscentos e setenta e quatro mil reais), aumentando a capacidade de menores infratores, além de nele haver realizado reformas nos anos de 2010/2011, assim como o fez na UNEI Novo Caminho; a inspeção realizada na UNEI Dom Bosco comprovou que a unidade, apesar das rebeliões e depredações provocadas pelos próprios internos, vem sendo mantida de forma razoável dentro das possibilidades e realidade financeira e fiscal, proporcionando aos internos condições satisfatórias para a sua ressocialização; e que a imposição de multa ao ente público para o caso de não cumprimento de ordem judicial afeta a própria sociedade, sendo exorbitante e desproporcional o valor fixado. Pede provimento do

agravo retido para que seja reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública Estadual para o ajuizamento da presente demanda, bem como a perda de objeto da ação. Em caso de desprovimento do agravo, requer seja decretada a nulidade da sentença por cerceamento de defesa; alternativamente, pugna pela a reforma da sentença proferida a fim de serem julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial ou, não sendo esse o entendimento, para que seja reduzida a multa diária arbitrada, fixado um prazo certo para a sua incidência e afastado o prazo de 60 (sessenta) dias para cumprimento da obrigação de fazer imposta (f. 1251-1270).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do agravo retido e pelo afastamento da preliminar de cerceamento de defesa; e pelo provimento do apelo aviado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1369-1386).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul apelam da sentença proferida pela juíza da vara da infância, juventude e do idoso da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação civil pública por aquela ajuizada contra este, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para, convalidando a tutela antecipada que obrigou o réu a acolher nas unidades de internação e semiliberdade Dom Bosco e Novo Caminho adolescentes até o limite de sua capacidade, determinar-lhe que o faça, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser revertida em prol do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de Campo Grande, a divisão dos adolescentes pelo critério de idade, compleição física e gravidade da infração, bem como apresentar plano estadual de atendimento socioeducativo.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em suas razões, sustenta, em síntese, que o § 8º do artigo 227 da Constituição Federal determina que será estabelecido por lei o instrumento destinado a regular os direitos dos jovens, bem como o plano nacional com intuito de executar as políticas públicas pertinentes; a regulamentação do referido dispositivo constitucional veio com a promulgação da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, o qual estabelece, dentre outras determinações, que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA detém competência para as funções normativa, deliberativa, de avaliação e de fiscalização do SINASE, em consonância com a lei de criação do aludido conselho – Lei nº 8.242/1991; o CONANDA, por sua vez, estabeleceu por meio das Resoluções nº 113/2013, 119/2013 e 160/2013 e pelo próprio Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo as diretrizes e regras que devem ser seguidas na implementação e execução do SINASE; a determinação para a efetivação do sistema socioeducativo, do qual participam todas as esferas do Poder Público e no qual há diversos instrumentos normativos, além de estar na legislação, trata-se da realização de princípios constitucionais fundamentais; não há dúvidas de que o Poder Público tem obrigação de implementar integralmente o sistema socioeducativo, uma vez que se trata de política pública instituída na ordem social constitucional, e que não detém discricionariedade acerca da oportunidade e conveniência para tanto; cabe à administração pública optar pela execução de seus atos administrativos, em especial os discricionários, porém, há limites à discricionariedade, devendo o administrador optar, em prol do interesse público, por solucionar e priorizar situações que demandem solução urgente ou emergencial em detrimento de outras; na seara da omissão administrativa e sua apreciação pelo Poder Judiciário, sua ilegalidade e a responsabilidade da administração pública surge em razão da atuação irregular dessa ou quando o serviço funcionou abaixo dos padrões exigidos pela sociedade ou sequer houve atuação da administração; e que a omissão do poder público é passível de análise pelo Poder Judiciário, seja pela afronta aos princípios da legalidade, supremacia do interesse público e da proporcionalidade e razoabilidade,

seja em decorrência do dever de indenizar que surge face aos danos sofridos pelo administrado. Pede provimento do recurso para, reformando-se parcialmente a sentença proferida, seja reconhecida a total procedência dos pedidos formulados na inicial, especialmente no que se refere à determinação para que o Estado de Mato Grosso do Sul cumpra integralmente todos os parâmetros, diretrizes e normas estabelecidos no CONANDA e SINASE, na exata forma como estabelece a normatização pertinente para a efetivação do sistema socioeducativo (f. 1225-1250).

Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, requer, preliminarmente, seja julgado o agravo retido em que alega ser a Defensoria Pública parte ilegítima para propor a presente ação, pois desprovida de personalidade jurídica, confundindo-se com o próprio Poder Executivo Estadual, bem como ter havido a perda superveniente do objeto da ação em decorrência dos investimentos já realizados nas UNEI's indicadas na inicial; aduz, outrossim, que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o pedido de degravação dos depoimentos prestados em juízo para melhor fundamentar os memoriais a serem apresentados foi apreciado somente quando da sentença prolatada e, ainda, indeferido. No mérito, assevera, em suma, que as resoluções do CONANDA servem apenas de referência, não impondo obrigações; a tutela antecipada deferida no início do processo não poderia ser convalidada pela sentença, primeiro em razão da falta de amparo constitucional que causou inegável interferência do Poder Judiciário nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo e, segundo, por inobservância do princípio da reserva do possível; ao contrário do entendimento esposado na sentença, tem envidado esforços para o equacionamento do problema das UNEI's, todavia, como em qualquer outra política pública, encontra limitações de ordem orçamentária e financeira, que são intransponíveis em razão da responsabilidade com que se deve conduzir a *res publica*; em razão de tais restrições, cabe ao agente político que chefia o Poder Executivo a tomada de decisões para o atendimento das situações mais emergenciais em todas as frentes de atendimento, pelo que não se pode, simplesmente, taxar de omissa a conduta estatal, porquanto existente política pública em execução quanto às unidades de internação de adolescentes; a decisão recorrida, que limitou o quantitativo de internos da UNEI, apresenta clara omissão ao não examinar e levar em consideração as demais obrigações do Estado frente às inúmeras demandas que lhe são impostas, inclusive no que diz respeito às demais UNEI's em funcionamento em diversos municípios do Estado; construiu um novo bloco de alojamento na UNEI Dom Bosco no valor de R$ 674.000,00 (seiscentos e setenta e quatro mil reais), aumentando a capacidade de menores infratores, além de nele haver realizado reformas nos anos de 2010/2011, assim como o fez na UNEI Novo Caminho; a inspeção realizada na UNEI Dom Bosco comprovou que a unidade, apesar das rebeliões e depredações provocadas pelos próprios internos, vem sendo mantida de forma razoável dentro das possibilidades e realidade financeira e fiscal, proporcionando aos internos condições satisfatórias para a sua ressocialização; e que a imposição de multa ao ente público para o caso de não cumprimento de ordem judicial afeta a própria sociedade, sendo exorbitante e desproporcional o valor fixado. Pede provimento do agravo retido para que seja reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública Estadual para o ajuizamento da presente demanda, bem como a perda de objeto da ação. Em caso de desprovimento do agravo, requer seja decretada a nulidade da sentença por cerceamento de defesa; alternativamente, pugna pela reforma da sentença proferida a fim de serem julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial ou, não sendo esse o entendimento, para que seja reduzida a multa diária arbitrada, fixado um prazo certo para a sua incidência e afastado o prazo de 60 (sessenta) dias para cumprimento da obrigação de fazer imposta (f. 1251-1270).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do agravo retido e pelo afastamento da preliminar de cerceamento de defesa; e pelo provimento do apelo aviado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1369-1386).

A sentença também é submetida à remessa necessária.

Passo ao voto.

Agravo retido – recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Inicialmente, insta destacar que apesar de não mais haver a figura do agravo retido no atual Código de Processo Civil, sua interposição se deu sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual faz-se necessário o enfrentamento das razões nele esposadas.

Sustenta o apelante Estado de Mato Grosso do Sul que a Defensoria Pública Estadual é parte ilegítima para propor a presente ação em nome próprio e em seu desfavor, pois desprovida de personalidade jurídica, confundindo-se com o próprio poder executivo estadual.

Não obstante, como ressaltou o membro do *Parquet* em 2º grau, o artigo 134 da Constituição Federal:

> *"(...) assegura às Defensorias Públicas a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º (§ 2º), bem como estabelece como seus princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§ 4º)" (f. 1375), sendo que "Com base nesse mandamento, o § 2º, do artigo 4º, da Lei Complementar n. 80/1994, estabelece expressamente sobre a possibilidade de o Defensor Público ingressar com ação contra as pessoas jurídicas de direito público (...)" (f. 1375).*

Tal orientação foi corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.264.116/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin que, em seu voto, consignou que:

> *"A expressão "necessitados" (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, "necessitem" da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. (...)".*

Deve ser mantida, portanto, a decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública Estadual no caso dos autos.

Assevera, também, o Estado de Mato Grosso do Sul, no bojo do agravo retido, que, com os investimentos já realizados nas UNEI's indicadas na inicial, houve perda superveniente do objeto desta ação.

Razões igualmente não lhe assistem, contudo, porquanto os investimentos realizados assim o foram em decorrência da decisão liminar proferida em caráter provisório (f. 416-419), a qual depende de confirmação por meio de sentença para tornar-se definitiva.

Assim, conheço do agravo retido e nego-lhe provimento, com o parecer.

Da preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Aduz o réu, preliminarmente, que houve cerceamento do seu direito de defesa uma vez que o pedido de degravação dos depoimentos prestados em juízo para melhor fundamentar os memoriais a serem apresentados foi apreciado somente quando da sentença proferida e, ainda, indeferido.

Em que pesem as alegações do ora apelante, é certo que o §§ 1º e 2º do artigo 33 do Provimento TJMS nº 305/2014 estabelecem, respectivamente, que "*Os depoimentos documentados por meio audiovisual não*

precisam de transcrição, devendo ser disponibilizados à parte, mediante uso de senha, o teor das gravações" e que "*O advogado da parte poderá ter acesso às gravações através do sistema a ele disponibilizado*".

Como se se observa dos autos, os depoimentos prestados em juízo e cuja degravação pretende o réu sempre estiveram à sua disposição, pelo que não há falar em cerceamento de defesa.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Mérito

A autora interpôs recurso de apelação objetivando a parcial reforma da sentença, para que sejam julgados totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, enquanto o réu, por meio do apelo interposto, pretende a reforma para que sejam eles julgados improcedentes. Assim, serão ambos julgados conjuntamente e, também, com a remessa necessária.

Colhe-se de todo o arrazoado que a Defensoria Pública Estadual ajuizou esta ação civil pública contra o Estado de Mato Grosso do Sul pretendendo que sejam criadas e mantidas nos parâmetros do SINASE unidades educacionais de acautelamento provisório e de internação que atenda toda a demanda da comarca de Campo Grande, bem como determinado que toda Unidade Educacional de Internação - UNEI observe as garantias da proteção integral à criança e ao adolescente que determinam: a) a separação dos adolescentes por critério de gênero, idade, compleição física e gravidade da infração; b) a existência de instalações físicas em condições adequadas de habitalidade, higiene, salubridade, segurança e acessibilidade aos objetos necessários à higiene pessoal; c) fornecimento de vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos; d) cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos; e e) escolarização, profissionalização, atividades pedagógicas, culturais, esportivas e de lazer, impondo-se multa diária de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) pelo descumprimento.

O juiz singular, para o decreto de parcial procedência dos pedidos formulados, consoante relatado, pautou-se na seguinte fundamentação:

> *"(...) No tocante à superlotação das UNEI'S Dom Bosco e Novo Caminho, que demandou o pedido de remoção dos adolescentes que ultrapassam a capacidade do local, verifica-se que o requerido reconheceu a procedência do pedido, tanto que firmou transação para atender àquela pretensão (fls. 465-5).*
>
> *Quanto ao pedido para criar e manter nos parâmetros do SINASE unidades educacionais de acautelamento provisório e de internação que atenda a comarca de Campo Grande, tem -se que essa pretensão está prevista na Lei n. 12.594/2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.*
>
> *(...)*
>
> *O § 2º, do art. 7º, da Lei n. 12.594/2012 estabelece que "os Estados, Distrito Federal e os Municípios deverão, com base no Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo, elaborar seus planos decenais correspondentes, em até 360 (trezentos e sessenta) dias a partir da aprovação do Plano Nacional."*
>
> *Verfica-se, portanto, que compelir o requerido a criar e manter unidades educacionais de internação nos padrões do SINASE se mostra inviável neste momento, pois a própria Lei estabeleceu o prazo de dez anos para efetivação das medidas por ela apresentadas. Por outro lado, competiria ao requerido elaborar o seu plano estadual de atendimento socioeducativo, a fim de indicar como se dará a execução da Lei n. 12.294/2012 no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.*

Intimado para apresentar nos autos o referido plano, o requerido deixou de fazê-lo e apenas esclareceu que obteve recursos federais para atendimento da Lei n. 12.594/2012 com a finalidade de construir uma nova Unidade Educacional em Campo Grande/MS, os quais, na verdade, foram destinados à construção de uma UNEI na cidade de Três Lagoas/MS (fls. 514-25 e 994-1004).

Portanto, tem-se que nesse aspecto o requerido deixou de cumprir a lei ou, se cumpriu, deixou de demonstrar nos autos, em verdadeira afronta ao caráter impositivo das normas.

Logo, não há que se invocar o princípio da reserva do possível, posto que estamos diante de total omissão estatal para cumprimento da Lei n. 12.594/2012, especificamente, no que tange ao plano estadual de atendimento socioeducativo, que traz as diretrizes de como serão executadas as determinações daquela própria Lei durante o período decenal.

Logo, compete ao Estado no seu exercício jurisdicional sanar essa flagrante omissão, o que não constitui intromissão do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo, pois este demonstra inércia, a qual deve ser repelida:

(...)

A Lei n. 12.594/2012 traça um caminho para executoriedade dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei, que cumprem medidas socioeducativas em regime de internação e semiliberdade, já estabelecidos na Constituição Federal (CF, art. 227) e nas normas infraconstitucionais, tanto que os demais pedidos reproduzem o disposto nos artigos 94, 120, 123, 124 e 125, todos do ECA:

(...)

Nesse particular, a Administração justificou a frustração dos direitos acima sob o fundamento da insuficiência orçamentária (reserva do possível) e pelo comportamento dos próprios internos, que realizam rebeliões, oportunidade em que destroem o local. Contudo, esses argumentos não são passíveis de ensejar o reconhecimento de que o requerido faz o possível para cumprir o que foi imposto pelo próprio Estado em seu exercício legiferante.

Esta ação se arrasta há mais de cinco anos e durante todo o decurso do feito foram produzidas provas que deixam claro o descaso do Poder Executivo no trato para com os adolescentes em conflito com a lei, mas a prova oral produzida confirma que o requerido atende os preceitos acima, com exceção da separação dos adolescentes pelo critério de idade, compleição física e gravidade da infração.

(...)

Conquanto o atendimento prestado pelo requerido não seja o ideal para os anseios do autor, o que se observa é o desço da Administração em todos os setores de atendimento às crianças e aos adolescentes, sujeito de direitos e garantias com prioridade absoluta, em razão de sua própria condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

(...)

Assim, não resta dúvida de que o requerido deve cumprir os pedidos formulados na inicial, previstos no ECA, consoante acima citado, Contudo, tenho que não compete ao Judiciário estabelecer como deve ser cumprido, pois ocorreria uma ingerência na seara da conveniência e da oportunidade do Administrador. Compete ao Estado-Juiz determinar que estas providências sejam cumpridas, inclusive, sob pena de multa pelo descumprimento, e fiscalizar o seu cumprimento. (...)".

Por meio dos apelos interpostos, pede a autora provimento do recurso para, reformando-se parcialmente a sentença proferida, seja reconhecida a total procedência dos pedidos formulados na inicial, especialmente no que se refere à determinação para que o Estado de Mato Grosso do Sul cumpra integralmente todos os parâmetros, diretrizes e normas estabelecidos no CONANDA e SINASE, na exata forma como estabelece a normatização pertinente para a efetivação do sistema socioeducativo, enquanto o réu pugna pela reforma da sentença proferida a fim de serem julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial ou, não sendo esse o entendimento, para que seja reduzida a multa diária arbitrada, fixado um prazo certo para a sua incidência e afastado o prazo de 60 (sessenta) dias para cumprimento da obrigação de fazer imposta.

Pois bem. O artigo 4º Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - estabelece que:

> *"Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*
>
> *Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:*
>
> *a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
>
> *b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*
>
> *c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*
>
> *d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."*

Acerca da prioridade da tutela da criança e do adolescente, Guilherme Freire de Melo Barros[1] leciona que:

> *"o caput do art. 4º é cópia da primeira parte do art. 227, da Constituição da República. Tanto lá, como aqui, são enumerados alguns dos direitos que cabem a crianças e adolescentes. A expressão-chave desses dispositivo é a absoluta prioridade. Trata-se de dever que recai sobre a família e o poder público de priorizar o atendimento aos direitos dos jovens.*

Como causa de pedir da presente demanda, consoante se dessume dos autos, tem-se: a) o acolhimento de menores infratores nas unidades de internação e semiliberdade deste município em número superior à sua capacidade; e b) violação às normas que preveem os direitos dos adolescentes privados de liberdade no que toca à separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, acesso a objetos necessários à higiene e asseio pessoal, habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade, receber escolarização e profissionalização, realizar atividades culturais, esportivas e de lazer.

A pretensão da autora consistente na determinação ao réu que crie e mantenha unidades educacionais de internação nos padrões do SINASE, como bem assentou a juíza singular "*(...) se mostra inviável neste momento, pois a própria Lei estabeleceu o prazo de dez anos para efetivação das medidas por ela apresentadas*" (f. 1179-1180).

No que toca ao acolhimento de menores infratores nas unidades de internação, dispõe o artigo 1º da Resolução nº 46/1996 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA que "*Nas unidades de internação será atendido um número de adolescentes não superior a quarenta*".

1 **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990**, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, p. 25.

Ficou demonstrado nos autos que a capacidade de internação da unidade Novo Caminho é de 26 (vinte e seis) adolescentes. Abaixo, portanto, daquela prevista por aludida resolução.

Não obstante, conforme depoimento prestado por Valdinei Ribeiro de Figueiredo, diretor da unidade, chegou-se "*(...) a ter 68 adolescentes a onde cabiam apenas 26*" (f. 1441).

Quanto à unidade Dom Bosco, era ela, quando do ajuizamento da ação, composta de duas alas ("A" e "B"). Desta feita, não se pode conceber, sob a alegação de não cumprimento do quanto previsto na resolução citada, que a unidade, no geral, tenha o número máximo de 40 (quarenta), mas cada ala.

Do termo de assentada de f. 479-480, porém, pode-se observar que o próprio réu admitiu a superlotação da unidade Dom Bosco. Nos termos da composição realizada constou:

> *"(...) d) Para adequar a lotação da unidade de internação Dom Bosco serão tomadas as seguintes providências: d1) Transferência de 10 (dez) adolescentes de baixa periculosidade para a unidade de semi-liberdade masculina Tuiuiú, no prazo de 02 (dois) dias, independentemente da progressão da medida sócio-educativa; d2) Transferência do restante excedente de lotação para uma escola desativada, sem aparato físico de segurança, excetuando-se cercas elétricas e guaritas, no prazo de 02 (duas) semanas; (...)" (f. 479).*

Correta, portanto, a sentença, no ponto que obrigou o réu a acolher nas unidades de internação e semiliberdade Dom Bosco e Novo Caminho adolescentes até o limite de sua capacidade.

Relativamente à separação dos adolescentes por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, não é observada na unidade de internação (UNEI Dom Bosco), em afronta ao que preceitua o artigo 123 do ECA, como se extrai do depoimento prestado por Jair da Costa Carvalho, diretor da UNEI Dom Bosco. Veja-se, por oportuno, o seguinte excerto:

> *"(...) JUÍZA: Uhum. Entendi. É o senhor consegue separar os adolescentes conforma a idade, compleição física e gravidade da infração?*
>
> *DEPOENTE: Não, senhora.*
>
> *JUÍZA: Não? Eles...*
>
> *DEPOENTE: Não.*
>
> *JUÍZA: Os mais fortes ficam com os menores?*
>
> *DEPOENTE: Na verdade eles ficam em alas, né?*
>
> *JUÍZA: Uhum.*
>
> *DEPOENTE: Então assim, a gente temos... Nós temos duas alas e aí o que ocorre para poder essa divisão, né.*
>
> *JUÍZA: Hum.*
>
> *DEPOENTE: É nós temos lá adolescentes que estão, mas a divisão é feita minoritariamente por questão de afinidade. Nós temos diversos pontos emcampos grandes e esses pontos são rivais.*
>
> *JUÍZA: Uhum.*
>
> *DEPOENTE: Então isso dificulta a separação. Então eu tenho que colocar pessoas que não é, tipo Dom Antônio não posso colocar junto com o Parque do Sol...*

JUÍZA: Então eles... É respeitada o pertencimento deles a uma gangue? Cada alojamento é de uma gangue separada?

DEPOENTE: Não, não é exatamente de uma gangue. Mas a afetividade que tem de relacionamento entre eles.

JUÍZA: Entendi. Em relação a gravidade da infração, por exemplo, os adolescentes que cometeram atos infracionais, que geram revolta como estupro, por exemplo. Eles ficam juntos com os demais?

DEPOENTE: Não. A única separação que não tem como, até porque já teve morte dentro da unidade em um passado não tão recente né...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: É essa questão do estupro. Ele é abominado por demais internos, até porque eles têm muito comunicação com os presos adultos.

JUÍZA: Entendi.

DEPOENTE: Essa cultura carcerária também é reproduzida no sistema socioeducativo. (...)" (f. 1392-1393).

A falta de condições das instalações físicas até então existentes quando do ajuizamento da ação também pode ser extraída dos depoimentos prestados em juízo, como se vê:

"(...) JUÍZA: Internação. Os adolescentes têm, no momento, apresentado bom estado de saúde ou continuam com problemas na pele, coisas assim decorrentes?

DEPOENTE: Não. Não. Depois da reforma a gente procurou manter o ambiente salubre, né? Inclusive o Ministério Público, Defensoria, o juiz, eles visitam a unidade todo mês e já foi notado isso já. Que o ambiente melhorou muito do que ele era antes, né.

JUÍZA: Certo.

DEPOENTE: E hoje a gente não tem esse problema mais lá.

JUÍZA: Uhum. O problema da fossa que transbordava?

DEPOENTE: Era, eram 13 fossas que nos tínhamos a céu aberto...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: No fundo da unidade. E depois dessa reforma foi feito um projeto junto com a águas Guariroba que puxaram uma rede de esgoto, lá hoje nós temos a rede de esgoto.

JUÍZA: Então hoje não tem mais a água servida...

DEPOENTE: Não, não.

JUÍZA: Pelo pátio? Nada disso.

DEPOENTE: Não, hoje a gente não tem mais essa situação lá.

(...)" (diretor da unidade Novo Caminho – f. 1444-1445).

"(...) JUÍZA: Certo. Em 2009 foi proposta uma ação civil pública contra o Estado de Mato Grosso do Sul, dizendo sanar alguns problemas que havia na unidade e eu queria que o senhor me informasse se foi resolvido o problema de iluminação nos alojamentos e nos corredores.

DEPOENTE: Eu lembro que teve esse problema, até foi depois de uma rebelião e tal. E foi até interditado a unidade, aí teve uma reforma. Toda a unidade passou por uma reforma geral.

JUÍZA: Sim. Mas e essa reforma solucionou o problema da iluminação?

DEPOENTE: De momento sim.

JUIZA: Uhum. Hoje todos os alojamentos estão devidamente iluminados?

DEPOENTE: Nós temos alguns problemas que é de manutenção, né. Então assim, que queima as lâmpadas.

JUÍZA: Aham.

DEPOENTE: Mas é na época da reforma todos eles estavam funcionando perfeitamente.

JUÍZA: Hoje há fios expostos no local das lâmpadas? Gambiarras de fios ali que os adolescentes puxam, alguma coisa assim?

DEPOENTE: Eles colocam porque não tem mais as tomadas dentro, né. Eles colocam uma extensão...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: No corredor para puxar para os alojamentos.

JUÍZA: Certo. Como que está a questão da conservação e pintura do imóvel? Então isso está recebendo manutenção?

DEPOENTE: A gente está algum tempo já que foi até encaminhado pelo coordenador de apoio, o Guilherme, que está providenciando esta questão aí da pintura, né.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Estão pintando.

JUÍZA: No momento a lotação da unidade está adequada a capacidade?

DEPOENTE: Está abaixo.

JUÍZA: Está abaixo.

DEPOENTE: Aham.

JUÍZA: O senhor tem algum adolescente dormindo em chão, no chão no momento?

DEPOENTE: Não.

JUÍZA: Não?

DEPOENTE: Não.

JUÍZA: Os chuveiros fornecem água quente para o banho?

DEPOENTE: Então, nós tínhamos todos os alojamentos com aquecedores, né.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: É nós temos... Hoje, que tem aquecedor funcionando é na ala nova...

JUÍZA: Só na ala nova?

DEPOENTE: Só na ala nova.

JUÍZA: E a ala nova está ocupada?

DEPOENTE: É uma parte pequena dela que está ocupada.

JUÍZA: Quantos adolescentes tem hoje na ala nova?

DEPOENTE: Na ala nova, sete.

JUÍZA: Sete. E nos alojamentos A e B, os antigos? Quantos?

DEPOENTE: Nós temos 40... 43.

JUÍZA: E esses 43 então eles não têm acesso a água quente para o banho?

DEPOENTE: No momento não.

(...)" (diretor da UNEI Dom Bosco – f. 1389-1391).

Quanto ao recebimento de escolarização e profissionalização e realização de atividades culturais, esportivas e de lazer, disseram os depoentes:

"(...) JUÍZA: Certo. Os adolescentes, eles é estudam na unidade?

DEPOENTE: Estudam...

JUÍZA: Todos eles?

DEPOENTE: Todos.

JUÍZA: E aqueles que não querem frequentar as aulas?

DEPOENTE: Isso aí é um problema, né. Porque é ofertado a ele o direito de estudar.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: E aqueles que não querem, a gente manda, aí chega lá tumultua. Aí quer dizer, ele acaba tirando o direito do outro que quer estudar, né.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Então é complicado isso aí. Mas a gente... É ofertado a todos.

JUÍZA: Então quem não quer estudar, não estuda? Para não atrapalhar os demais...

DEPOENTE: É, na verdade a gente encaminha. Mas ele... O que acaba, ele tem que ter o mínimo de frequência, né.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: E aí a gente até cuida dessa questão, mas a gente tem essa... O adolescente, o histórico de abandono escolar, né. Seja ali dentro... Porque o que é que acontece? Para ele chegar na unidade numa idade mínima de doze anos ele já chega, né... Com a defasagem escolar. Então isso quer dizer que lá fora ele não estudava...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: E você pegar num período ali de três meses, né, incutir nele essa cultura do estudo. Até porque, né, família... Todo ele foi abandonado já essa questão do estudo, todos eles têm defasagem escolar. Então isso quer dizer que eles não gostam de estudar.

JUÍZA: Então esse é o objetivo da socioeducação não tem sido alcançado então?

DEPOENTE: Eu acho que não é só da socioeducação, é da educação no Brasil é complicado, né. Que se eu estou falando que eles está chegando atrasado, com defasagem escolar não é culpa da sócia educação. Espera aí, ele não estava na sócia educação até (ininteligível).

JUÍZA: Sim. Mas depois que ele ingressa na sócia educação também...

DEPOENTE: É, assim...

JUÍZA: Continua do mesmo...

DEPOENTE: A gente temos... A gente temos dificuldades até por conta disso, né, que ele passou boa parte da infância e adolescência dele ausente dos bancos escolares.

(...)

JUÍZA: Certo. É em relação à profissionalização, o que é oferecido para os adolescentes?

DEPOENTE: No momento nós temos dois cursos em andamento, nós temos o curso de vendedor e operador de micro.

JUÍZA: E esse curso é oferecido a todos?

DEPOENTE: Esse curso não é oferecido a todos, né. Mas assim, ele é selecionado, que aquela questão que eu falei para senhora lá no início. A defasagem escolar muitas vezes é um empecilho, porque eles não preenchem o requisito de escolaridade.

JUÍZA: Qual é o requisito mínimo de escolaridade?

DEPOENTE: Para vendedor 5ª série para senhora ter uma ideia. Nós temos caras lá com 16 anos semianalfabeto, que tem que fazer um...

JUÍZA: Aham. E o técnico de informática qual que é a idade mínima?

DEPOENTE: É a 8ª série.

JUÍZA: 8ª série. E os adolescentes que não tem escolaridade mínima, não tem para eles nenhuma oferta de curso profissionalizante?

DEPOENTE: Profissionalização? No momento não, porque a gente trabalha com a grade que o sistema está oferecendo...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: E hoje o que está sendo ofertado é o que o PLANATEC oferece, que é o desenvolvido pelo Ministérios, né.

JUÍZA: Hum.

DEPOENTE: Da educação, né.

JUÍZA: Entendi.

DEPOENTE: Então, tipo assim, se ele se enquadra lá, a gente coloca. O que tem é reuniões com o SENAI, né. O Doutor (F) até ontem eu estava na reunião com a Simone, o pessoal da SENAC.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Para ver essa questão. Mas hoje eu vejo que é uma problemática grande essa questão da escolaridade, porque não se admite mais uma pessoa... Antigamente se falava mecânico precisa só ter uma chave, mas não é. Hoje ela é toda informatizada a mecânica.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Então não vai ter mais como uma cara fazer um curso de mecânica com 4ª série.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Ele vai ter que ter escolaridade mínima.

JUÍZA: Uhum, certo. Atividades culturais, esportivas e de lazer, o que eles têm?

DEPOENTE: Nós temos na unidade um gestor de educação física que faz atividade física com os meninos. Nós temos um, dois estúdios de artes e educação que faz trabalhos. E paralelo a isso, nós temos um projeto da escola também que trabalha a questão cultural com eles. (...)" (f. 1396-1397).

"(...) JUÍZA: Não precisa... Uhum. Quais são, qual o programa de escolarização para o adolescentes lá da...

DEPOENTE: Nós temos uma escola polo que atende dentro da unidade, né. Então essa escola é responsável por essa parte da educação dos adolescentes. A gente, o adolescente chega na unidade, nós corremos atrás da documentação para ver a situação escolar dele.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: E dentro do possível, quando, porque o prazo é muito pouco que ele fica ali dentro. É 45, né.

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Ali ele é matriculado e dali sai matriculado também.

JUÍZA: Nesses 45 dias todos frequentam a escola?

DEPOENTE: É obrigatório.

JUÍZA: Ou eles podem decidir que não querem?

DEPOENTE: Não, lá é obrigatório.

JUÍZA: Uhum. E, para atividade de profissionalização não chega a ter lá dentro, porque o tempo é insuficiente, né?

DEPOENTE: O tempo é muito curto.

JUÍZA: Além da atividade de escolarização, eles fazem outras atividades pedagógicas, culturais, esportivas ou de lazer?

DEPOENTE: Sim, sim. A escola disponibiliza isso, né. E até tempos atrás eu tinha atividade extra-muro com eles, né. Mas devido ao entendimento do Doutor Roberto, o período deles é muito curto ali dentro, esses 45 dias estão em apuração de ato infracional ainda...

JUÍZA: Uhum.

DEPOENTE: Então decidiu-se que é melhor não, por enquanto não fazer essas atividades ainda.

JUÍZA: Certo. Mas lá dentro eles tem..

DEPOENTE: Tem, tem.

JUÍZA: Opções de lazer e de atividades esportivas?

DEPOENTE: É, nos não temos uma quadra. É uma quadra improvisada, né, mas é o espaço que eles têm de atividade. É uma parte no fundo da unidade onde eles praticam, fazem a prática esportiva deles. (...)" (f. 1447-1448).

Conforme se observa, o réu, dentro das suas possibilidades, não obstante a situação de precariedade existente quando da propositura da presente demanda, vem procurando dar cumprimento àquilo que preceitua a legislação voltada à proteção das crianças e adolescentes no que toca ao acesso a objetos necessários à higiene e asseio pessoal, habitação em alojamento com condições adequadas de higiene e salubridade, recebimento de escolarização e profissionalização, bem como realização de atividades culturais, esportivas e de lazer.

Relativamente à multa cominatória, inexiste impedimento legal quanto à sua aplicação quando o devedor for a Fazenda Pública. Entendimento contrário estaria a hostilizar o princípio constitucional da igualdade, de sorte a invalidar ou comprometer a tutela jurisdicional.

Sobre o tema, colaciona-se o seguinte julgado:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (DOENÇA DE ALZHEIMER). PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO A UM DOS MEDICAMENTOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. RECEITUÁRIO MÉDICO ATESTANDO A NECESSIDADE DA MEDICAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. MANUTENÇÃO DA LIMINAR. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. (...) 4. No tocante à multa diária não há nenhuma vedação à sua determinação em face da Fazenda Pública, podendo ser determinada sua incidência pelo juiz, a fim de coagir o Estado ao cumprimento de obrigação de fazer, como também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. (...)"* (TJMS; AI 0601011-88.2012.8.12.0000; Aquidauana; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 20/11/2012; p. 33).

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. MULTA. TERMO FINAL. CUMPRIMENTO INTEGRAL. AGRAVO DESPROVIDO. I - Esta Corte Superior tem jurisprudência firmada no sentido de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Não há razão para se estabelecer exceção onde o legislador não o fez. II - Se a obrigação é de fazer ou não fazer, a multa diária deixa de correr, assim que o devedor cumpre aquilo que foi ordenado, também deixa de correr se e quando o credor requer a conversão da obrigação em perdas e danos, ou tornar-se impossível o cumprimento da obrigação específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. III- O termo inicial, para incidência da multa, será o dia subsequente ao prazo designado pelo juiz para o cumprimento da ordem e o termo final o dia anterior ao do efetivo e integral cumprimento do preceito, ou do dia em que for pedida a conversão em perdas e danos IV - Agravo interno desprovido."* (STJ; AgRg-REsp 1.213.061; Proc. 2010/0176592-1; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 17/02/2011; DJE 09/03/2011).

Mister destacar, entretanto, que as astreintes não possuem caráter punitivo, mas sim coercitivo, cuja finalidade é tão-somente coagir o destinatário da medida a cumprir a decisão judicial.

Por ter natureza inibitória, deve ser fixada em valor razoável, capaz de compelir o réu a cumprir a obrigação. O valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da obrigação, sem limitação de prazo, apesar da relevância da demanda, é desproporcional, motivo pelo qual comporta redução para R$ 5.000,00/dia (cinco mil reais por dia de descumprimento), limitada a R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Quanto ao prazo fixado na sentença para cumprimento do quanto nela determinado, mostra-se razoável, sobretudo levando-se em consideração a data da prolação do *decisum*, razão pela qual deve ser mantido.

Posto isso, conheço dos recursos voluntários e da remessa necessária. Contra o parecer, nego provimento àquele interposto pela Defensoria Pública do Estado e dou parcial provimento ao aviado pelo réu (Estado de Mato Grosso do Sul), para reduzir a multa cominatória para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R$ 100.000,00 (cem mil reais). Remessa necessária parcialmente provida, nos termos do recurso voluntário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao agravo retido e afastaram a preliminar e, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso de Estado de Mato Grosso do Sul e à remessa necessária e negaram provimento ao apelo de Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800252-23.2012.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL – ENERGIA RURAL – PROGRAMA GOVERNAMENTAL DENOMINADO "LUZ PARA TODOS" – UNIVERSALIZAÇÃO DO SISTEMA – CUSTOS DA INSTALAÇÃO A CARGO DE RECURSOS DO GOVERNO FEDERAL EM PARCERIA COM AS CONCESSIONÁRIAS – PRAZO FIXADO EM RESOLUÇÃO HOMOLOGATÓRIA PARA DEZEMBRO/2016 COMO SENDO O MÁXIMO PARA A UNIVERSALIZAÇÃO E NÃO PARA INÍCIO DAS OBRAS – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ASSINALADO NA SENTENÇA – COMPATÍVEL – CONSIDERÁVEL TEMPO DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO – DANOS MORAIS INDEVIDOS – MERO ABORRECIMENTO – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

O programa "Luz para Todos", instituído pelo do Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003 com escopo de universalizar a eletrificação em domicílios, estabelecimentos comerciais e no meio rural é custeado com recursos oriundos do Governo Federal, por meio da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), agentes executores (concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica), por meio de recursos próprios ou oriundos de financiamento contraído junto à CEF, sem ônus para o consumidor.

O prazo para cumprimento da obrigação de fazer, 30 dias contados da data do trânsito em julgado da sentença, não é exíguo, em razão do tempo de duração do processo, desde o ano de 2012, corroborado pelo fato da ANEEL, através de Resolução Homologatória n. 1.992/2015, ter fixado prazo máximo para alcance da universalização no município onde se localiza a propriedade do autor, para o mês de dezembro/2016.

Não há dano moral pelo fato da concessionária de energia elétrica retardar a ampliação da eletrificação rural pretendida pelo autor, o qual, inclusive, beneficia-se do bem da vida em parceria com vizinho.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2016.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

A ação de obrigação de fazer cumulada com indenização material e moral ajuizada por Neri Marcante contra Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. teve os pedidos julgados parcialmente procedentes e esta condenada na "*(...) obrigação de fazer consistente na instalação da rede elétrica na propriedade do requerente (Néri Marcante), qual seja, Chácara Recanto Feliz, localizada na Rodovia Lauredaneo Mendes Fontoura, Km 14, Zona Rural do Município de Pedro Gomes/MS, no prazo de até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite de 20 (vinte) dias (art. 461, § 5º, CPC")*; a distribuição da sucumbência de forma recíproca, "*em proporções desiguais"*, cabendo à ré 35% (trinta e cinco por cento) das custas processuais e ao autor 65% (sessenta e cinco por cento); honorários em favor do procurador da ré de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) e ao do autor R$ 1.000,00 (mil reais), ficando determinada a compensação, consoante dispõe a Súmula 306 do STJ (f. 111).

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. apela (f. 115-122), alegando em suas razões que a ANEEL, através da Resolução nº 223/2003, estabeleceu, dentre outras medidas, que a construção da rede ficaria a cargo dos interessados e o ressarcimento "*(...) nas datas estabelecidas para finalização dos processos nas áreas específicas* e na Resolução Homologatória nº 1.992/2015 *como termo final para a conclusão das metas de universalização, a data de 31/12/2016 em Pedro Gomes*, ou seja, a partir desta data é que *haverá a extensão da rede primária de forma a permitir a ligação dos imóveis a sua volta"* (f 118).

Salienta impossibilidade no cumprimento da condenação porque após realizar levantamentos técnicos na propriedade do autor apelado constatou ausência de requisitos estruturais para instalação da rede elétrica no local e, por ser concessionária de serviços públicos, cabe-lhe cumprir regras emanadas da ANEEL, dentre as quais as da Resolução 414/2010 (arts. 14, III, 27 e 27-B).

Deixou registrado a exiguidade do prazo para cumprimento da obrigação - 30 dias após o trânsito em julgado da sentença - pelo fato do local estar desguarnecido de rede de energia elétrica e com isso demandar tempo maior para concluí-lo.

Requer provimento do recurso no sentido de determinar a ligação, desde que o apelado regularize a estrutura da propriedade, observando, ainda, o prazo de universalização do município, 31.12.2016, atribuindo a sucumbência exclusivamente ao apelado.

Contrarrazões às f. 147-152.

Néri Marcante recorre adesivamente (f. 153-158) com propósito de obter reforma da sentença na parte que julgou improcedente a indenização moral, salientando a demonstração cabal nos autos da má prestação dos serviços pela ré-apelada, trazendo-lhe forte constrangimento, angustia e humilhação, sugerindo o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o mister.

Requer provimento do recurso e sucumbência integral a cargo da ré-apelada.

Contrarrazões às f. 161-164.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A ação de obrigação de fazer cumulada com indenização material e moral ajuizada por Neri Marcante contra Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. teve os pedidos julgados parcialmente procedentes e está condenada na "*(...) obrigação de fazer consistente na instalação da rede elétrica na propriedade do requerente (Néri Marcante), qual seja, Chácara Recanto Feliz, localizada na Rodovia Lauredaneo Mendes Fontoura, Km 14, Zona Rural do Município de Pedro Gomes/MS, no prazo de até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite de 20 (vinte) dias (art. 461, § 5º, CPC)*; a distribuição da sucumbência de forma recíproca, *em proporções desiguais"*, cabendo à ré 35% (trinta e cinco por cento) das custas processuais e ao autor 65% (sessenta e cinco por cento); honorários em favor do procurador da ré de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) e ao do autor R$ 1.000,00 (mil reais), ficando determinada a compensação, consoante dispõe a Súmula 306 do STJ (f. 111).

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. apela (f. 115-122), alegando em suas razões que a ANEEL, através da Resolução nº 223/2003, estabeleceu, dentre outras medidas, que a construção da rede ficaria a cargo dos interessados e o ressarcimento "(...) *nas datas estabelecidas para finalização dos processos nas áreas específicas* e na Resolução Homologatória nº 1.992/2015 *como termo final para a conclusão das metas de universalização, a data de 31/12/2016 em Pedro Gomes*, ou seja, a partir desta data é que *haverá a extensão da rede primária de forma a permitir a ligação dos imóveis a sua volta"* (f 118).

Salienta impossibilidade no cumprimento da condenação porque após realizar levantamentos técnicos na propriedade do autor apelado constatou ausência de requisitos estruturais para instalação da rede elétrica no local e, por ser concessionária de serviços públicos, cabe-lhe cumprir regras emanadas da ANEEL, dentre as quais as da Resolução 414/2010 (arts. 14, III, 27 e 27-B).

Deixou registrado a exiguidade do prazo para cumprimento da obrigação - 30 dias após o trânsito em julgado da sentença - pelo fato do local estar desguarnecido de rede de energia elétrica e com isso demandar tempo maior para concluí-lo.

Requer provimento do recurso no sentido de determinar a ligação, desde que o apelado regularize a estrutura da propriedade, observando, ainda, o prazo de universalização do município, 31.12.2016, atribuindo a sucumbência exclusivamente ao apelado.

Néri Marcante recorre adesivamente (f. 153-158) com propósito de obter reforma da sentença na parte que julgou improcedente a indenização moral, salientando a demonstração cabal nos autos da má prestação dos serviços pela ré-apelada, trazendo-lhe forte constrangimento, angustia e humilhação, sugerindo o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o mister.

Requer provimento do recurso e sucumbência integral a cargo da ré-apelada.

A sentença impugnada pelos litigantes nos recursos de apelação contém a seguinte fundamentação:

> *(...) 2.2. Da pretensão cominatória (obrigação de fazer)*
>
> *A pretensão do autor é procedente.*
>
> *O Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica (Luz para Todos), foi instituído pelo Governo Federal através do Decreto n. 4.873/2003, e*

sua finalidade é o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural que ainda não tem acesso a esse serviço.

Assim estabelece o seu o (sic) caput, do art, 1º:

Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS", destinado a propiciar, até o ano de 2010, o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural brasileiro que ainda não possui acesso a esse serviço público. (Redação dada pelo Decreto nº 6442, de 2008)

Ademais, o referido programa de universalização do fornecimento de energia elétrica tem como fim beneficiar pessoas efetivamente carentes, que não dispõem deste serviço essencial, fazendo-se necessário que o imóvel atenda aos requisitos previstos na Lei n. 10.438/02 para obter custo zero com as instalações necessárias para fornecimento de energia elétrica.

In casu, a própria requerida admite em sua defesa que o caso do autor enquadra-se no programa Luz Para Todos (f. 50). Portanto, não há justificativa para o não fornecimento de energia elétrica na propriedade, até porque, não é licito a requerida impor qualquer ônus ao autor acerca de possível realização de obra de implantação da rede elétrica, o que é exatamente o caso dos autos, quando exigiu a regularização estrutural da rede elétrica da propriedade.

Demais disso, ao contrário das afirmações contidas na defesa, o abastecimento de energia existente no imóvel rural do requerente ocorria em caráter meramente precário (uma fase que saia do padrão de seu vizinho), situação que não tem o condão de obstar a instalação da rede elétrica pretendida.

Por último, tratando-se de serviço público essencial à qualidade de vida, trazendo o mínimo de conforto a fim de atender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deverá a requerida providenciar a instalação da rede elétrica no imóvel do autor, já que não existe qualquer outro motivo técnico que inviabilize o fornecimento dos serviços pretendidos, como restou anteriormente esclarecido.

(...)

Assim, deve a requerida providenciar a instalação da rede elétrica no imóvel do requerente, merecendo acolhida o pedido deduzido na inicial.

2.3. Das pretensões indenizatórias (dano material e moral)

As pretensões indenizatórias são improcedentes.

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio (material ou imaterial) da vítima, podendo ser mensurado e indenizado. Compreende tanto o dano emergente (o que efetivamente perdeu) quanto o lucro cessante (deixou de lucrar). Aliás, o direito de pleitear a reparação do dano material, encontra previsão legal na Constituição Federal (art. 5º, X), assim como, no Código Civil (arts. 186 e 927).

No caso dos autos, apesar de plausível a alegação contida na inicial acerca do dano emergente (rateio da conta de energia elétrica com o vizinho e gastos com funcionamento de moto-bomba utilizado para irrigação), observo que nenhuma prova foi produzida no sentido de indicar a existência efetiva do dano e, tampouco, de sua extensão, ônus que competia ao requerente (art. 333, I, CPC).

Em se tratando de danos materiais, ou seja, danos passíveis de apreciação pecuniária, que podem ser valorados exatamente no montante do prejuízo sofrido, já que possuem critérios objetivos para tanto, a prova de sua ocorrência é crucial para ensejar a reparação. As afirmações contidas na inicial não passam de mera retórica, desprovidas de qualquer suporte probatório.

Sobre o ônus probatório, o saudoso Ovídio da Silva comentava que "(...) O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídicas. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade". (SILVA, Ovídio A da e GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 294/295).

Sob esta égide, verifico que o autor não demonstrou os danos materiais suscitados, uma vez que, não trouxe aos autos qualquer documento comprobatório (comprovantes de pagamento, recibos, etc...), sequer produziu prova testemunhal nesse sentido, embora oportunizada pelo juízo.

No que se refere ao lucro cessante (baixa produção de suas plantações durante o período de inverno), decorrente da fraca potência da energia elétrica vinda do vizinho, a qual não permite o funcionamento de seu sistema de irrigação, também não restou demonstrado nos autos.

Ora, cabia ao autor (art. 333, I, CPC) demonstrar os lucros advindos de sua plantação, com a estimativa do que deixou de ganhar durante os períodos de estiagem das chuvas, quando era necessário utilizar o seu sistema de irrigação, o que não foi feito durante a instrução do processo.

Ademais, existe contradição nas próprias alegações do requerente, pois afirmou que teve gastos com combustível justamente para o funcionamento do sistema de irrigação. Assim, não há como conferir qualquer credibilidade em suas alegações referente aos prejuízos causados na produção de suas lavouras, já que o sistema de irrigação estava funcionando, com a utilização de um motobomba, que funciona à base de combustível (gasolina).

Noutro giro, com relação ao dano moral alegado, entendo que não merece procedência o pleito compensatório.

Não desconheço que o fornecimento de energia elétrica é um serviço público essencial à qualidade de vida, trazendo o mínimo de conforto a fim de atender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Porém, apesar da inércia da parte requerida por vários anos na instalação da rede elétrica na propriedade do autor, situação que o trouxe ao Judiciário, tenho que não restou configurada qualquer ofensa aos seus direitos de personalidade.

Conforme, o próprio autor alegou em sua inicial, desde a época do primeiro requerimento administrativo para instalação de rede elétrica em sua propriedade, já utilizava uma fase da rede elétrica de seu vizinho (Nelson de Souza Ribeiro), ou seja, possuía acesso ao serviço essencial.

Desta forma, durante todos esses anos, o autor e sua família não ficaram privados desse serviço público essencial, em que pese a necessidade de serem adotadas algumas medidas no dia a dia, por conta da baixa tensão elétrica, não permitindo o funcionamento simultâneo de alguns aparelho elétricos existentes na residência.

É importante ressaltar que, a reparação do dano supõe ofensa a direito da personalidade, não se destinando a compensar a dor ou meros dissabores e transtornos decorrentes do dia-a-dia, até porque isto importaria em examinar o subjetivismo de cada um, extremamente variável.

(...)

Ademais, não basta a ocorrência de qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento para a configuração do dano moral, o qual somente existirá caso seja efetivamente atingido o sentimento pessoal de dignidade comum, o que não ocorreu nos presentes autos.

Portanto, não demonstrado a ofensa do direito de personalidade do autor, ônus da prova do qual não se desincumbiu (art. 333, I, CPC), mas apenas o aborrecimento ou dissabor, não há falar em indenização por dano moral.

3. DISPOSITIVO

ISSO POSTO, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido intentado na inicial, e o faço para CONDENAR a requerida na obrigação de fazer consistente na instalação da rede elétrica na propriedade do requerente (Néri Marcante), qual seja, Chácara Recanto Feliz, localizada na Rodovia Lauredaneo Mendes Fontoura, Km 14, Zona Rural do Município de Pedro Gomes/MS, no prazo de até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado desta decisão, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite de 20 (vinte) dias (art. 461, § 5º, CPC).

Houve sucumbência recíproca, em proporções desiguais, razão pela qual condeno a requerida a pagar 35% (trinta e cinco por cento) das custas processuais e o autor a pagar os restantes 65% (sessenta e cinco por cento).

A título de honorários advocatícios, atento ao zelo do profissional, ao trabalho realizado, à natureza, complexidade, tempo de duração e conteúdo econômico da causa, nos lindes do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, condeno o requerente a pagar o valor de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) em favor do procurador da requerida, ao passo que esta deverá pagar ao procurador do requerente o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), ficando determinada a compensação, consoante dispõe a Súmula 306 do STJ.

Diante da gratuidade judiciária concedida (f. 30), o requerente fica isento do pagamento das verbas sucumbenciais (art. 12 da Lei 1.060/50). (f. 105-111).

Passo ao voto propriamente dito.

Projeto de eletrificação

Consta do Manual de Operacionalização editado pelo governo federal que:

A antecipação do Processo de Universalização teve seu início marcado com a edição do Decreto no 4.873, de 11 de novembro de 2003, que instituiu o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "LUZ PARA TODOS".

O Programa foi concebido como instrumento de desenvolvimento e inclusão social, pois, de acordo com o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em 2000 existiam dois milhões de domicílios rurais não atendidos pela Prestação dos Serviços de Energia Elétrica. Ou seja, aproximadamente dez milhões de brasileiros viviam, no meio rural, sem acesso a esse Serviço Público, sendo que cerca de noventa por cento dessas famílias possuíam renda inferior a três salários mínimos.

> *Em sua Primeira Etapa, o Programa teve como objetivo levar energia elétrica, até o ano de 2008, àqueles domicílios rurais identificados pelo IBGE. No entanto, durante a Execução do Programa, novas famílias foram localizadas sem Energia Elétrica em suas Residências, o que resultou na edição do Decreto n o 6.442, de 25 de abril de 2008, ampliando-se, portanto, os objetivos no caminho à erradicação da exclusão elétrica e prorrogando-se o prazo inicial para o final do ano de 2010.*
>
> *Posteriormente, por meio do Decreto n o 7.324, de 5 de outubro de 2010, o Governo Federal assegurou a prorrogação do prazo de Execução das Ligações destinadas ao atendimento em energia elétrica, até 31 de dezembro de 2011, tão somente com o objetivo de garantir a finalização das Obras Contratadas ou que estivessem em Processo de Contratação até 30 de outubro de 2010.*
>
> *O Programa teve a Meta Original de dois milhões de ligações, atendida em maio de 2009, beneficiando dez milhões de pessoas. Com a prorrogação do Programa para 2010, a nova Meta foi estabelecida em dois milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, novecentos e oitenta e oito domicílios.*
>
> *Não obstante os significativos resultados observados na Execução das Metas Fixadas, novas demandas surgiram, em sua maioria, localizadas nas Regiões Norte e Nordeste do País, que já apresentavam os maiores índices de exclusão elétrica à época do lançamento do Programa em 2003. Além das dificuldades de logística para a Execução das Obras, as citadas Regiões concentram, dentre outras, parcela significativa da população contemplada no Plano Brasil Sem Miséria, do Programa Territórios da Cidadania e Minorias Sociais, tais como: Quilombolas, Indígenas e Comunidades localizadas em Reservas Extrativistas e em Áreas de Empreendimentos do Setor Elétrico, cuja responsabilidade não esteja definida para o Executor do Empreendimento.*
>
> *Assim, visando o atendimento dessa demanda, o Decreto n o 7.520, de 8 de julho de 2011, instituiu o Programa "LUZ PARA TODOS" para o período de 2011 a 2014, sendo prorrogado pelo Decreto n o 8.387, de 30 de dezembro de 2014, até o ano de 2018.*
>
> *Até agosto de 2015, foram atendidos mais de 3,2 milhões de domicílios, beneficiando mais de 15,5 milhões de pessoas na área rural, resultado que credencia o "LUZ PARA TODOS" como o Programa de Inclusão Elétrica mais ambicioso do mundo.*
>
> *O Decreto no 7.520 também foi alterado pelo Decreto no 8.493, de 15 de julho de 2015, com a introdução do artigo 1o -B, estabelecendo que os atendimentos às Regiões Remotas dos Sistemas Isolados deverão ser contratados pelo Programa "LUZ PARA TODOS", aplicando-se os regramentos adotados para os Contratos firmados no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN.*[1]

Trata-se, portanto, de programa social, ambicioso e austero, visando levar aos munícipes esse benefício. E por assim ser, ainda no manual, aprovado por resolução do órgão regulador, estabelece que:

> *"(...) Os Recursos necessários ao desenvolvimento do Programa virão do Governo Federal, por meio da CDE (Conta de Desenvolvimento Energético), dos Agentes Executores - Concessionárias e Permissionárias de Distribuição de Energia Elétrica, por meio de Recursos Próprios ou Oriundos de Financiamento contraído junto à CAIXA.*

Desta forma, ao contrário do alegado pela ré-apelante, não há se falar que a construção ficaria a cargo do consumidor, mas, como consta do manual, do governo federal e do agente executor, a concessionária de energia elétrica.

1 https://www.mme.gov.br/luzparatodos/downloads/manual_de_mperacionalizacao_do_programa_luz_para_todos_2015_2018.pdf

O manual ao qual faço alusão é indicado no Decreto nº 8.387/2014, e embora cuide do implemento do programa para os anos 2015 a 2018, traz ele termos dos períodos anteriores, conforme consta do art. 7º:

> *"Art. 7º As prioridades e as alternativas tecnológicas para os atendimentos previstos no Programa "LUZ PARA TODOS", até o ano de 2018, observarão o disposto no Manual de Operacionalização e no Manual de Projetos Especiais, a serem editados pelo Ministério de Minas e Energia.*
>
> *Parágrafo único. O Manual de Operacionalização, o Manual de Projetos Especiais e as demais regras expedidas permanecerão válidos e eficazes até que sejam substituídos pelos novos Manuais de que trata o caput." (NR)*

Também ao contrário do alegado pela ré apelante, a Resolução nº 223/2003 mantém o critério do ônus para a concessionária - e não ao solicitante (consumidor) -, consoante os dispositivos a seguir transcritos:

> *"Art. 3º A partir da data de publicação desta Resolução, a concessionária deverá atender, sem qualquer ônus para o solicitante, ao pedido de nova ligação para unidade consumidora cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, com enquadramento no Grupo B, que possa ser efetivada mediante extensão de rede em tensão inferior a 2,3 kV, inclusive instalação ou substituição de transformador, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede em tensão igual ou inferior a 138 kV.*
>
> *Art. 4º A partir de 1o de janeiro de 2004, a concessionária também deverá atender, sem qualquer ônus para o solicitante, ao pedido de nova ligação para unidade consumidora cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, com enquadramento no Grupo B, que possa ser efetivada em tensão inferior a 2,3 kV, ainda que seja necessária extensão de rede em tensão igual ou inferior a 138 kV, observado o respectivo Plano de Universalização de Energia Elétrica.*
>
> *Parágrafo único. Até que os planos sejam aprovados pela ANEEL, o atendimento ao pedido a que se refere o caput poderá ser objeto de antecipação, nos termos do art. 11, devendo o prazo para devolução do montante antecipado ser estabelecido de acordo com as condições do art. 10, caput e §§1o e 3o .*
>
> *Art. 5º O atendimento ao pedido de fornecimento a que se refere os arts. 3o e 4o desta Resolução será realizado segundo os padrões da concessionária, sendo de responsabilidade do solicitante o custo adicional de obras realizadas para garantir níveis de qualidade ou continuidade do fornecimento superiores aos fixados pela ANEEL, ou em condições especiais não exigidas pela legislação vigente."*

Em relação ao conteúdo da Resolução Homologatória nº 1.992/2015, tenho que há interpretação equivocada por parte da ré apelante no tocante ao termo final para a conclusão das metas de universalização. Assim entendo porque a tabela 3 refere-se ao ano de 2016 para Pedro Gomes como sendo o prazo máximo para alcançar a universalização - e não como sendo o *dies a quo*.

Também não lhe assiste razão quando diz que a Resolução n. 414/2010 a exime da obrigação de fazer pelo fato de inexistir requisitos estruturais para instalação da rede elétrica no local. Assim entendo porque o art. 14 delimita 'ponto de entrega'; enquanto os outros, 27 e 27-B indicam a construção e aprovação de projeto elaborado por parte do solicitante, o consumidor, desde que tais fossem de responsabilidade deste, o que não é o caso em especial dada a universalização da energia através do programa *LUZ PARA TODOS* e nestas condições, como já demonstrado anteriormente, a responsabilidade é da concessionária.

Não há se falar na exiguidade do prazo porque o processo tramita desde 2012 e estar previsto na Resolução Homologatória n. 414/2010 o mês de dezembro/2016 como prazo máximo para o alcance da universalização.

Dano moral

O autor, por sua vez, pede a condenação da ré em danos morais.

Sem razão o autor.

A configuração do dano moral, segundo lição de Sérgio Carvalieri Filho[2]:

> *"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos"***.**

É o que ocorre no caso em apreço. Não vislumbro, assim como procedeu o juiz de primeiro grau, situação causadora de dor anímica ao autor apelante provocada pela ré, porquanto, embora de forma precária, desfruta de energia elétrica e não há nos autos notícias de situação apta a causar constrangimentos ou lesionar a honra.

Este Órgão Colegiado já assentou o entendimento que circunstâncias sem maiores consequências, constitui mero aborrecimento ou dissabor da vida cotidiana, notadamente insusceptível de reparação:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO C/C PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRELIMINARES DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E REVELIA REJEITADAS - NÃO INCIDÊNCIA DO CDC - MÉRITO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ENTRE PARTICULARES - DÉBITO INCIDENTE SOBRE O BEM ANTERIOR À TRANSAÇÃO - NATUREZA PROPTER REM - NEGLIGÊNCIA DO ADQUIRENTE - PRESUNÇÃO DE CONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - MERO DISSABOR OU ABORRECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.026856-8/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, J. 4.3.2010).

Tenho firme pensamento de que indenização de danos morais não pode ficar à merce dos dissabores, aborrecimentos, incômodos, descontentamentos. Estes sentimentos não têm o condão de lesionar a personalidade, a honra, dignidade, intimidade daqueles para que sejam compensados economicamente, porquanto, segundo o conceito de Rui Stoco, dano moral é:

> *(...) o que atinge o ofendido como pessoa, não levando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza vexame e humilhação.*[3]

2 **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª São Paulo: Atlas, p. 111.

3 **Tratado da Responsabilidade Civil.** 7ª ed., São Paulo: RT, p. 1001, p. 359.

Reportando-se aos ensinamentos de Orlando Gomes, o civilista complementa que, *"(...) a expressão 'dano moral' deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. (...)"*[4] desde que a lesão traga reflexos consistentes, o que não é o caso em apreço.

Admitir que os fatos relatados na inicial tenha comprometido a honra, a boa imagem do autor apelante é desnortear-se do propósito dos danos morais.

Sobre o tema em análise veja-se precedente:

> *APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS – INEXISTENTES – AUSENTE OFENSA À HONRA DA AUTORA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido sua honra, valores eminentemente espirituais, que transgridem o limite do razoável. (TJMS, Apelação Nº 0100368-57.2009.8.12.0045, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j. 17 de março de 2015 2ª Câmara Cível).*

Posto isso, conheço dos recursos e nego-lhes provimento.

Como os recursos foram interposto segundo a égide do CPC/1973, não há se falar em majoração de honorários, como hoje previsto no § 11 do art. 85, CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 06 de dezembro de 2016.

***

4 Ob. cit., p. 359.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0001902-79.2009.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – QUEDA EM VALA ABERTA E SEM SINALIZAÇÃO – MORTE DA VÍTIMA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE PERÍCIA TÉCNICA AFASTADA – INEXISTÊNCIA DO REFERIDO ESTUDO NÃO PREJUDICA O DESLINDE DO FEITO – MÉRITO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – CONDUTOR QUE NÃO USAVA CAPACETE E ENCONTRAVA-SE EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ NO INSTANTE DO SINISTRO – FATOS NÃO COMPROVADOS – CULPA CONCORRENTE – FALTA DE HABILITAÇÃO DO CONDUTOR – MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO COLABOROU PARA A OCORRÊNCIA DO EVENTO – CULPA DE TERCEIRO QUE EMPRESTOU O VEÍCULO À VÍTIMA AFASTADA – ACIDENTE CAUSADO EXCLUSIVAMENTE PELA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A inexistência de prova pericial não prejudica o deslinde do feito, porque as provas carreadas aos autos comprovam, com clareza, os fatos e a dinâmica do acidente.

Não há comprovação de que a vítima estava sem capacete ou embriagada no momento do acidente. Ao contrário, a prova testemunhal é no sentido de que não existia indício de embriaguez na vítima quando do sinistro, nem tal circunstância era comum em seu cotidiano.

Não se olvida a importância de possuir habilitação para dirigir, todavia, a falta da CNH é mera infração administrativa e como tal deve ser tratada, pois o acidente não ocorreu em decorrência da existência da vala e inexistência de qualquer tipo de sinalização indicando que aquela parte da via estaria com tráfego comprometido, e não pela ausência de habilitação.

A alegação de que os fatos e danos decorreram do empréstimo do veículo à vítima é absurda e também não merece prosperar, já que a causa determinante do acidente foi a existência da vala concomitante a inexistência de sinalização.

Considerando a condição sócio-econômica da vítima, as graves e eternas consequências do fato e a sua repercussão (aqui se considerando o caráter sancionatório à Administração Pública, à semelhança da ré, que colocam em risco a coletividade deixando de zelar pela conservação e sinalização de suas vias), o valor fixado pelo juízo monocrático à título de indenização, no montante de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a ser dividido pelos autores, deve ser mantido.

Recurso conhecido e improvido.

Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Bonito contra a sentença de f. 205-17, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação por danos morais ajuizada por Amir Peres Trindade, Allan Pinheiro Trindade e Neli Pinheiro Trindade, em decorrência do falecimento de seu genitor Namiro Zanuncio Trindade, que ocorreu por consequência de acidente causado por queda em vala aberta na rua Monte Castelo, na cidade de Bonito.

Referida sentença condenou o apelante ao pagamento de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de indenização por danos morais em favor dos autores.

Preliminarmente, o apelante argui a nulidade da sentença pela ausência de perícia técnica, que em seu entender é prova necessária para a demonstração do dano e que, mesmo assim, foi negada pelo magistrado singular.

No mérito, aduz que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva do autor porque, no momento do acidente o condutor estava sem capacete e embriagado, ademais, não possuía habilitação para conduzir o veículo.

No mesmo sentido, sustenta que a vítima assumiu o risco do acidente, eis que trafegava em local *"inapropriado, parte da rua com matagal"*.

De outro norte, alega que os danos experimentados pela família da vítima foram ocasionados em grande parte pelo proprietário do veículo que o emprestou à vítima.

Alternativamente, pede a diminuição do *quantum* indenizatório em razão da culpa concorrente da vítima para a ocorrência do evento danoso, e para tanto elenca as mesmas hipóteses levantadas para a culpa exclusiva.

Aduz que não restou devidamente comprovada a renda que a vítima auferia à época do sinistro, de maneira que a indenização não pode ser arbitrada tendo como base a multiplicação de salário mínimo.

No caso de não ser admitida a culpa concorrente, pede a diminuição da indenização em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Devidamente intimados os apelados apresentaram contrarrazões às f.249-58 onde pugnam pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Município de Bonito apela contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação por danos morais ajuizada por Amir Peres Trindade, Allan Pinheiro Trindade e Neli Pinheiro Trindade em decorrência do falecimento de seu genitor Namiro Zanuncio Trindade, que ocorreu por consequência de acidente causado por queda em vala aberta na rua Monte Castelo, na cidade de Bonito.

Preliminarmente, o apelante argui a nulidade da sentença pela ausência de perícia técnica, porque referido estudo seria imprescindível para a apuração dos fatos.

No mérito, aduz que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima, eis que no instante do acidente estava sem capacete, embriagado e não possuía habilitação para dirigir e, ademais, assumiu o risco da ocorrência do acidente pois transitava em parte inapropriada da via.

De outro norte, alega que os danos experimentados pela família da vítima foram ocasionados em grande parte pelo proprietário do veículo que o emprestou à vítima.

Alternativamente, pede a diminuição do *quantum* indenizatório em razão da culpa concorrente da vítima para a ocorrência do evento danoso, e para tanto elenca as mesmas hipóteses levantadas para a culpa exclusiva.

No caso de não ser admitida a culpa concorrente, pede a diminuição da indenização em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Da preliminar de nulidade da sentença por ausência de prova pericial.

Analiso a preliminar de nulidade da sentença pela inexistência de prova pericial, sem o qual não haveria como averiguar-se a culpa da Administração Pública para a ocorrência do sinistro, nem comprovar que a vítima não poderia realizar conversão na contramão.

O pleito não comporta provimento.

É cediço que, em casos como o dos autos, o estudo pericial é prova importante, pois pode revelar a dinâmica do acidente.

Todavia, há que se ver o longo tempo que decorreu desde o evento danoso, isso porque, a realização da prova pericial após ter transcorrido 8 (oito) anos do sinistro, é desnecessária, já que não comportará a utilidade a que foi proposta.

De outro norte, também não assiste razão ao apelante quanto a alegação de que sem a prova pericial não há como ser demonstrada a culpa do município pela ocorrência do acidente.

Em que pese a alegação da recorrente, as provas e depoimentos dos autos são suficientes a demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta ilícita da apelante (omissão) e o dano causado à vítima e aos apelados.

Também não prospera a hipótese de que a vítima teria realizado manobra proibida no instante do acidente, já que não há provas neste sentido.

A prova testemunhal referente à dinâmica do acidente é suficiente para afastar a necessidade de prova técnica, além de que esta dificilmente poderia ser realizada dado o decurso de longo tempo desde os fatos.

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

Culpa exclusiva da vítima.

O apelante aduz que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima, eis que no instante do acidente estava sem capacete, embriagado e não possuía habilitação para conduzir o veículo e, ademais, assumiu o risco para a ocorrência do acidente pois transitava em parte inapropriada da via.

De outro norte, alega que os danos experimentados pela família da vítima foram ocasionados em grande parte pelo proprietário do veículo que o emprestou à vítima.

Não assiste razão à recorrente.

A apelante não trouxe aos autos nenhuma comprovação que pudesse corroborar com tais alegações, não desincumbiu-se do ônus que lhe era afeto, consoante dispõe o artigo 333, inciso II do CPC/73.

Não há comprovação de que a vítima estava sem capacete ou sob o efeito de álcool no momento do acidente. Ao contrário, os depoimentos das testemunhas coincidem no sentido de que não existia indício de embriaguez na vítima no instante do sinistro, como também não era comum tal situação no cotidiano da vítima

Também não merece prosperar a alegação de que a inexistência de habilitação para dirigir tenha sido a causa do acidente.

O que se extrai das declarações dos depoentes e das provas acostadas aos autos, é que o condutor estava parado no instante em que ocorreu a queda, e que a via não contava com nenhum tipo de sinalização, acostamento, calçada, e o pior, que a vala se estendia para o meio da rua com nenhuma visibilidade já que ao redor o mato cobria a existência do referido buraco.

Frise-se que, no caso em comento, a existência ou não de habilitação para dirigir é fato irrelevante, já que como mencionado a vítima estava parada em cima do veículo, como também poderia estar a pé ou em cima de uma bicicleta e caído na vala da mesma forma como aconteceu.

Não se olvida a importância de possuir habilitação para dirigir, todavia, a falta da CNH é mera infração administrativa e como tal deve ser tratada, pois na hipótese dos autos, o acidente não ocorreu em decorrência da inabilitação da vítima, mas sim da existência da vala e inexistência de qualquer tipo de sinalização indicando que aquela parte da via estaria com tráfego comprometido.

Assim, neste ponto a sentença deve ser mantida.

Outro ponto que não prospera, é a alegação de que a vítima assumiu o risco para a ocorrência do sinistro ao transitar em parte inapropriada da via.

Chega a ser absurda tal alegação, já que a responsabilidade pela conservação e sinalização da referida via, é da recorrente.

Se a via encontrava-se inapropriada ao tráfego, tal ocorreu dada a omissão da apelante, e não da vítima, tanto que esta é que sofreu os danos.

A alegação de que os danos experimentados pelos autores decorreram em maior parte do empréstimo do veículo chega a ser absurda e também não merece prosperar, já que a causa determinante do acidente foi a existência da vala concomitante a inexistência de sinalização no local.

Neste ponto a sentença também deve ser mantida.

Culpa concorrente.

Neste ponto a apelante pede a diminuição do *quantum* indenizatório em razão da culpa concorrente da vítima para a ocorrência do evento danoso, para tanto elenca as mesmas hipóteses levantadas para a culpa exclusiva.

O pleito não comporta provimento.

Incabível afirmar-se culpa concorrente por não haver nos autos nenhuma demonstração de que o condutor estaria conduzindo seu veículo sem capacete ou embriagado ou, ainda, agindo com imperícia que desse causa ao sinistro. Pelo contrário, basta uma rápida análise do caso para se perceber o quanto o réu foi negligente, pois deveria tomar providências para tornar apropriada a via para tráfego, contudo, não o fez.

Ficou comprovado, que a Administração Pública não tomou as precauções necessárias para evitar o acidente que causou dano irreparável à vítima e aos autores, sendo de sua total responsabilidade a adoção de providências que visassem a sinalização e o fechamento da vala, já que há indícios de que na mesma vala outras pessoas também foram vítimas do mesmo tipo de acidente.

Neste ponto a sentença também não carece de reparos porque, através da análise dos depoimentos (f.116), fica evidente a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e o fato causador do sinistro, qual seja, o buraco na via, existente unicamente pela negligência e omissão da apelante.

Ademais, a existência da vala mostrou-se incontroversa, tanto assim que o apelante sequer contestou tal fato.

Sendo de responsabilidade do município a conservação da via, o dever de indenizar por danos causados em razão da deficiência desta é afeto ao mesmo, uma vez que se omitiu e incorreu em negligência ao não conservar nem sinalizar adequadamente os defeitos da pista, o que permitiria melhores condições de tráfego e evitaria acidentes, como o aqui discutido, com danos aos usuários.

Ora, se os ofendidos fizeram prova dos danos que sofreram, e que sofreram os danos exclusivamente em decorrência da atitude omissa da Administração Pública, o dever de indenizar é consequente.

Assim, preenchidos os pressupostos de que a responsabilidade de indenizar cabe ao apelante de maneira exclusiva.

Do *quantum* indenizatório.

Em primeiro plano, cabe ressaltar que a alegação da recorrente em relação à inexistência de comprovação do rendimento mensal da vítima para o arbitramento da indenização não prospera.

Isso porque não há confusão entre lucros cessantes e indenização por danos morais, sendo que o pleito dos autores foi referente a esta última verba, e não houve pedido por danos materiais nem lucros cessantes.

Os danos morais, no caso, prescindem de prova. Demonstrada a ocorrência do evento ilícito e culposo, presume-se o dano moral por sua característica de *dano in re ipsa*.

A esse respeito, é oportuno trazer à colação os ensinamentos do jurista Cavalieri Filho[1] ao asseverar que:

> *"Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mas precioso que o patrimônio, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente."*

Destarte, a perda do pai de família acarreta profunda dor e tristeza aos seus membros, verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam eles privados de seu convívio para sempre.

A prova do vínculo familiar com a vítima é o quanto basta para respaldar a presunção da ocorrência de dano moral advinda da morte do ente querido, presumindo-se, pois, o abalo psíquico, o desgosto.

Tem-se, então, que

> *"Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos vis-a-vis dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria sempre, juris tantum, de dano moral" (Rubens Limongi França, Reparação do Dano Moral, in RT 631/29).*

A indenização, de regra, tem por finalidade repor o lesado ao *status quo ante*, mediante a *restitutio in integrum*. Para estes danos subjetivos e que não podem ser demonstrados ou aferidos de uma forma exata, estimo que a única alternativa que se impõe é o arbitramento judicial.

Em sendo assim, na espécie, sopesando a impossibilidade material de fazer as partes retomarem à situação anterior, imprescindível que a obrigação de reparar passe a ser concebida como uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização – nestas hipóteses – somente pode cumprir esta finalidade.

Com efeito, para fixarmos o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante.* A jurisprudência e a doutrina também fornecem subsídios para que se proceda na fixação do montante indenizatório.

A meu ver, o valor da indenização deve atender determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, partindo-se da medida do padrão sócio-cultural médio da vítima, avaliando-se a extensão da lesão ao direito, a intensidade do sofrimento, a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas do ofendido e as do devedor e a suportabilidade do encargo. Deve-se relevar, ainda, a gravidade do dano e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

Todavia, a real dimensão externa da ingerência do ato lesivo no âmbito psicológico da vítima é que definirá o *quantum* indenizatório devido. Para tanto, temos de sopesar que nesta esfera eminentemente subjetiva, há interferência direta do meio social dos sujeitos, das especificidades do objeto, o lugar, o tempo e a forma, e, finalmente, os efeitos jurídico-econômicos.

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p. 77.

Assim, considerando a condição sócio-econômica da vítima, as graves e eternas consequências do fato e a sua repercussão (aqui se considerando o caráter sancionatório à Administração Pública, à semelhança da ré, que colocam em risco a coletividade deixando de zelar pela conservação e sinalização de suas vias), tenho que o valor fixado pelo juízo monocrático no montante de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a ser dividido pelos autores, deve ser mantido.

Sopesadas tais circunstâncias fáticas, conheço o recurso e a ele nego provimento.

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. 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, 25 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0833500-60.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS SUPOSTAMENTE DEVIDOS PELA UTILIZAÇÃO DE TELEVISORES NOS QUARTOS DE HOTEL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Quarto de hotel não é considerado como "lugar de frequência coletiva", para fins de aplicação do disposto no art. 68, da Lei nº 9610/98.

É vedada a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD à hospedagem, quando a esta o serviço é disponibilizado por distribuidora de TV a cabo que arca com o pagamento dos direitos autorais, descabendo ao ECAD buscar a dúplice incidência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD interpõe recurso de apelação contra a sentença que, nos autos da ação de obrigação de não fazer ajuizada por Rodrigues & Chilante Ltda- EPP, julgou procedentes os pedidos iniciais.

Informa que promove a defesa, arrecadação e distribuição dos direitos autorais de todos os titulares nacionais e filiados às associações que o integram, sendo que a controvérsia dos autos cinge-se à possibilidade ou não, de cobrança de direitos autorais em função da retransmissão de obras autorais pelos aparelhos televisores dos quartos do hotel pertencente à ora apelada.

Alega que não há provas quanto a existência de TV por assinatura, ônus do apelado, de modo que os documentos em que o julgador se baseou são frágeis e não fazem prova da existência de contrato de TV por assinatura, e que não consta na página do documento firmado com a empresa de internet.

Afirma ser legal a cobrança de direitos autorais em hotéis e motéis, independente do recolhimento da prestadora de serviços de rádio e TV por assinatura, bem como a cobrança em caso de retransmissão de obras autorais, litero-musicais e fonogramas por aparelhos televisores de rádio nos referidos estabelecimentos,

não havendo falar em *bis in iden*, tanto que em 2011 a matéria foi pacificada no âmbito da Corte Superior, no julgamento do REsp n.º 1.117.391-RS.

Também diz ser legal a fixação de preços de acordo com tabela de regulamentação de preços.

Pede o provimento do recurso para reforma da sentença e consequente julgamento improcedente dos pedidos iniciais, bem como para julgar totalmente procedentes os pedidos formulados em sede de reconvenção com consequente condenação do apelado ao pagamento das mensalidades em atraso e as vincendas no curso da ação.

Contrarrazões às f. 373-84, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD interpõe recurso de apelação contra a sentença que, nos autos da ação de obrigação de não fazer ajuizada por Rodrigues & Chilante Ltda- EPP, julgou procedentes os pedidos iniciais.

Informa que promove a defesa, arrecadação e distribuição dos direitos autorais de todos os titulares nacionais e filiados às associações que o integram, sendo que a controvérsia dos autos cinge-se à possibilidade ou não, de cobrança de direitos autorais em função da retransmissão pelos aparelhos televisores dos quartos do hotel pertencente à ora apelada.

Alega que não há provas quanto a existência de TV por assinatura, ônus do apelado, de modo que os documentos em que o julgador se baseou são frágeis e não fazem prova da existência de contrato de TV por assinatura, e que não consta na página do documento firmado com a empresa de internet.

Afirma ser legal a cobrança de direitos autorais em hotéis e motéis, independente do recolhimento da prestadora de serviços de rádio e TV por assinatura, bem como a cobrança em caso de retransmissão de obras autorais, litero-musicais e fonogramas por aparelhos televisores de rádio nos referidos estabelecimentos, não havendo falar em *bis in iden*.

Também diz ser legal a fixação de preços de acordo com tabela de regulamentação de preços.

Trata-se de ação de obrigação de não fazer, cuja sentença julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos (f. 292-3):

> *"Posto isso, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, julgo, com resolução do mérito procedentes os pedidos formulados por Rodrigues & Chilante LTDA nesta ação promovida em face de Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD, bem como improcedentes os pedidos formulados na Reconvenção para:*
>
> *Condenar a requerida/reconvinte a não realizar a cobrança dos direitos autorais no estabelecimento comercial do hotel autor/reconvindo em razão da transmissão de obras autorais pelos aparelhos televisores do estabelecimento enquanto dispor do serviços de assinatura de tv fechada.*
>
> *Declarar inexigíveis as faturas emitas pela requerida/reconvinte (relacionadas na inicial) a título de cobrança de direitos autorais transmissão de obras autorais pelos aparelhos televisores do estabelecimento.*

Confirmar a tutela antecipada anteriormente concedida (f.21).

Condenar a requerida/reconvinte ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, estes que fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais), corrigido pelo IGP-m a partir da publicação sentença, o que faço com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC."

Afim de que melhor se analise a questão posta em debate, vale destacar o que dispõe a lei de direitos autorais (Lei 9.610/98) acerca do tema, em seu art. 68, *caput* e § 3.º:

"Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

(...)

§ 3.º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, ***hotéis****, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas." (grifos postos)*

Como se pode observar, o *caput* do art. 68 da lei 9610/98 é expresso e literal ao dispor que não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em "execuções públicas".

Ora, quarto de hotel, definitivamente, não pode ser considerado como um ambiente em que se realizam "execuções públicas". Os quartos de hotéis são destinados a famílias e a pessoas específicas, os hóspedes, não sendo abertos a estranhos às unidades utilizadas na hospedagem. Nessa conformidade, difícil encarar um televisor, ligado dentro de um quarto, com uma, duas ou três pessoas no máximo assistindo, como uma exibição ou execução pública.

É bem verdade que o § 3.º, do citado dispositivo legal, estabelece que "consideram-se locais de frequência coletiva", dentre vários estabelecimentos ali referidos, também os hotéis.

Todavia o indigitado parágrafo, à luz de uma interpretação sistemática, não pode ser dissociado do *caput* do artigo, de modo que uma exegese adequada do comando legal, considerado em seu todo, só pode conduzir à conclusão de que os estabelecimentos citados no § 3.º (teatros, cinemas, salões de baile, boates, bares, clubes, etc., inclusive hotéis) devem se submeter à lei dos direitos autorais desde que promovam execuções públicas, afastada a incidência da lei em utilização restrita ou privada.

Note-se que, em princípio, todos os estabelecimentos citados tem por móvel de suas atividades a promoção de eventos públicos, o que, via de regra, não é o caso dos hotéis, muito embora, em circunstâncias específicas, isso possa acontecer.

Isto significa dizer que, de forma ponderada, cada situação deverá ser analisada de forma particular. Vale dizer: se um hotel promove um evento público qualquer, musical, teatral ou outro, neste caso, deverá, então, responder pelos direitos autorais das obras utilizadas. Do contrário, se apenas disponibiliza acesso à televisão para os hóspedes, de forma privada, neste caso, de rigor a não incidência do ônus autoral.

Mesmo que se considere devida a cobrança dos direitos autorais decorrentes da disponibilização de sinal de TV em quartos de hotel, deve-se destacar que, no caso em tela, o estabelecimento disponibiliza aos seus hóspedes acesso à televisão por assinatura, sendo que, conforme bem destacado na sentença:

> *"não obstante inexista nos autos contrato de prestação de serviços firmado com a empresa de transmissão (KKy), verifico que o 'cadastro de usuário' juntado aos autos pela requerida, emitido a partir de fiscalização in loco ao estabelecimento do autor, confirma que o 'meio de sonorização' do estabelecimento é por tv fechada, como se vê do formulário de f. 192.*
>
> *Ainda que assim não fosse, observo que quanto á tal fato (tv por assinatura nos apartamentos do hotel do autor) não houve impugnação específica pela requerida, que limitou sua defesa tão somente na legalidade e legitimação da cobrança, de modo que o fato não impugnado deve ser havido como existente (art. 302 do CPC)." (f. 290)."*

Assim, admitir nova cobrança pelo mesmo fato, por si só, resultaria em *bis in idem.*

Nesta conformidade, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1044345/RS, relator o Ministro João Otávio de Noronha, assim se pronunciou a respeito do tema:

> *"A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria."*

Desta forma, tendo em vista a ausência de impugnação quanto a contratação da TV por assinatura, fato já esclarecido em tópico anterior, o *bis in idem* decorre do prévio recolhimento por parte da empresa de TV por assinatura dos valores relativos às obras audiovisuais que disponibiliza no hotel.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. ECAD. DIREITOS AUTORAIS. QUARTOS DE HOTEL. TV POR ASSINATURA. BIS IN IDEM. SENTENÇA MANTIDA. 1). Cuidando-se de disponibilização de TV por assinatura em quartos de hotel, mostra-se inadmissível a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD, haja vista que é a distribuidora do serviço que deve arcar com o respectivo pagamento, descabendo ao escritório apelante buscar a dúplice incidência. 2). Na espécie, restou comprovada a contratação e a prestação dos serviços de TV por assinatura pela empresa sky ao hotel apelado, inclusive com a previsão de que o preço ajustado inclui todos os tributos, taxas e contribuições vigentes, não havendo que se falar em cobrança de direitos autorais pelo que foi executado no interior dos quartos. 3). Apelação cível conhecida e improvida."* (TJGO; AC 0054559-33.2015.8.09.0137; Rio Verde; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho; DJGO 10/08/2016; Pág. 159).
>
> *"RECURSO INOMINADO. DIREITO AUTORAL. Tratando-se de disponibilização de TV por assinatura em quartos de hotel, mostra-se inadmissível a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD, haja vista que é a distribuidora do serviço de TV a cabo que arca com o pagamento dos direitos autorais, descabendo ao ECAD buscar a dúplice incidência. Precentes do STJ, TJRS e turma recursal. Sentença confirmada. Recurso desprovido."* (TJRS; RecCv 0023702-57.2015.8.21.9000; Capão da Canoa; Terceira Turma Recursal Cível; Rel. Des. Roberto Arriada Lorea; Julg. 08/10/2015; DJERS 14/10/2015).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 04 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802272-12.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – ESTUDANTE – NORMA ESTATUTÁRIA QUE PREVÊ POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL PARA CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – REQUISITOS PREENCHIDOS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO SERVIÇO PÚBLICO – RECURSO PROVIDO.

Em sendo a educação um direito social e dever do Estado, bem como havendo previsão estatutária que possibilite a compensação de horários, deve a ordem reclamada ser acolhida para determinar à autoridade impetrada que implemente a pretensão mandamental, sob pena de fazer tábua rasa o ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser óbice a omissão da municipalidade em regulamentar referida lei local, ou ainda o alegado temor decorrente da possibilidade de que hajam outros pedidos semelhantes.

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, 13 de dezembro de 2016.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Letícia Schutz Pereira contra a sentença prolatada pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá (f. 304-9), que denegou a ordem reclamada no mandado de segurança que impetrou contra ato praticado pela Secretária de Saúde do Município de Corumbá.

A apelante, servidora pública do município de Corumbá, onde exerce o cargo de enfermeira, impetrou mandado de segurança com objetivo de obter autorização para o cumprimento de horário especial de trabalho para cursar faculdade de Medicina na cidade de Porto Quijaro, na Bolívia.

Em suas razões, aduz que preenche os requisitos da Lei Complementar Municipal n.º 138/2010 para obter o horário especial de trabalho, quer seja, ser estudante universitário, haver incompatibilidade entre o horário escolar e o da unidade administrativa, e a possibilidade da compensação das horas de trabalho.

Ademais, afirma que o fundamento para o indeferimento do pedido pelo juiz *a quo* se deu porque haveria prejuízos para a administração pública, que comprometem o andamento da estrutura

municipal, contudo, existe documento nos autos capazes de assegurar que inexiste a dificuldade alegada pela administração, consubstanciado principalmente no fato de que, quando deferida liminar (f. 247), a apelada concedeu imediata e total adaptação da servidora, tendo inclusive elaborado escala de plantões dos profissionais de enfermagem no período de agosto a dezembro de 2014 que, por seu turno, seriam suficientes para garantir o cumprimento das 40 (quarenta) horas semanais exigidas em seu regime jurídico.

Ao final, pugna o conhecimento e consequente provimento do presente recurso, a fim de reformar a sentença grau, garantindo-lhe o regime especial de jornada de trabalho.

Contrarrazões às f. 333-42, pelo improvimento do apelo.

Recebidos, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral de Justiça (f. 346), que manifestou-se pelo provimento da presente apelação (f. 348-55).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Letícia Schutz Pereira contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá (f. 304-9), que denegou a ordem reclamada no mandado de segurança que impetrou contra ato praticado pela Secretária de Saúde do Município de Corumbá.

A apelante, servidora pública do município de Corumbá, onde exerce o cargo de enfermeira, impetrou mandado de segurança com objetivo de obter autorização para o cumprimento de horário especial de trabalho, para cursar faculdade de Medicina na cidade de Porto Quijaro, na Bolívia.

Em suas razões, aduz que preenche os requisitos da Lei Complementar n.º 138/2010 para beneficiar-se do horário especial de trabalho, por ser estudante universitário, por haver compatibilidade entre o horário escolar e o da unidade administrativa e a possibilidade da compensação das horas de trabalho.

Ademais, afirma que o fundamento para o indeferimento do pedido pelo juiz *a quo* se deu no sentido de que há prejuízos para administração pública que comprometem o andamento da estrutura municipal, contudo, existe documento nos autos capaz de assegurar que inexiste a dificuldade alegada pela administração, consubstanciado principalmente no fato de que, quando deferida liminar (f. 247), a apelada concedeu imediata e total adaptação da servidora, tendo inclusive elaborado escala de plantões dos profissionais de enfermagem no período de agosto a dezembro de 2014 que, por seu turno, seriam suficientes para garantir o cumprimento das 40 (quarenta) horas semanais exigidas em seu regime jurídico.

Esclareço, inicialmente, que como a sentença foi publicada e o presente recurso interposto antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), o presente julgamento deverá ser norteado pelo CPC anterior (Lei n.º 5.869/73), levando em conta, inclusive, as interpretações jurisprudenciais dadas até então, na forma dos art. 14 e 1046, do NCPC, somados ao art. 6.º, da LINDB, e ao Enunciado Administrativo n.º 2, do STJ.

Pretende a recorrente a reforma da sentença, ao argumento de que faz *jus* a concessão de jornada especial de trabalho em virtude de estar cursando atualmente ensino superior de medicina na cidade vizinha, em Puerto Quijarro, na Bolívia, nos termos da Lei Complementar Municipal n.º 138/2010.

De fato, a irresignação merece guarida.

Ao que se extrai dos autos, a impetrante, ora apelante, enfermeira concursada do Município de Corumbá, impetrou o presente *mandamus* visando obter autorização para cumprimento de horário especial de trabalho, em virtude de estar matriculada no curso de Medicina na cidade de Puerto Quijarro/BOL.

Como visto, o caso *sub judice* trata de servidora pública do Município de Corumbá, ente federado que, repetindo a norma aplicável aos funcionários públicos federais, editou a Lei Complementar Municipal n.º 42/2000, modificada pela Lei Complementar Municipal n.º 138/10, cuja redação prevê que:

> *"Art. 100. Será concedido horário especial ao servidor:*
>
> *I - estudante universitário, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da unidade administrativa, mediante compensação das horas de trabalho do cargo;*
>
> *(...) Parágrafo único. As concessões previstas neste artigo serão deferidas atendidas as condições fixadas em regulamento específico."*

Da norma legal acima transcrita pode-se inferir que será concedido horário especial ao servidor universitário, desde que comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o do local em que exerce suas funções, mediante compensação.

Outrossim, no que se refere à incompatibilidade de horários e possibilidade de compensação, tenho que tais assertivas restaram demonstradas, já que a apelante desenvolve suas funções junto ao CAES do Município de Corumbá, local este que possui horário de funcionamento até as 21:00 horas, e as aulas na universidade são ministradas de segunda a sábado em horários alternados, ora pela manhã, ora pela tarde, consoante se infere dos documentos de f. 20 e 21-2.

Por outro lado, deve-se salientar que o alegado prejuízo ao serviço público não restou comprovado pela Municipalidade, tendo se limitado a afirmar a tal impossibilidade de compensação, sem demonstrar os motivos.

Neste sentido, como bem salientou a representante do *parquet* de 2.º grau:

> *"(...) constata-se que a proposta da servidora documento de p. 19 alberga o cumprimento semanal de 40 (quarenta) hora semanais, de modo que, para refutar tais premissas, o Município necessitaria apresentar elementos de prova aptos a demonstrar a impossibilidade de compensação.*
>
> *Não obstante isso, como aduzido, limitou-se a afirmar a tal impossibilidade e o suposto prejuízo ao serviço. Calha, então indagar: quais e quantos servidores seriam afetados; qual o prejuízo concreto (alguma equipe ficaria desfalcada); qual unidade de saúde teria sido afetada?*
>
> *Tais respostas não se fazem encontradiças nos autos. Aliás, das manifestações da impetrada não se pode concluir, sequer, onde a servidora está lotada, uma vez que na inicial consta o 'CAES' e o documento de p. 271 dá conta de que ela estaria lotada na*

> *'Unidade Básica de Saúde Kadwéus', ao mesmo tempo em que informa um cronograma que engloba o 'Pronto Socorro', o 'Pronto Atendimento', o 'Centro de Saúde da Mulher' e 'Centro de Atendimento de Especialidades Médicas'."*

Portanto, tem-se que não há o alegado prejuízo à Municipalidade decorrente do exercício das funções da apelante em jornada especial, fato este que possibilitará a garantia do direito à educação, resguardado pela Carta Magna de 1988, em seus art. 6.º e 205:

> *"Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)*

> *"Art.205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*

Desta feita, em sendo a educação um direito social e dever do Estado, bem como havendo previsão estatutária que possibilite a compensação de horários, deve a ordem reclamada ser acolhida para determinar à autoridade impetrada que implemente a pretensão mandamental, sob pena de fazer tábua rasa o ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser óbice a omissão da municipalidade em regulamentar referida lei local, ou ainda o alegado temor decorrente da possibilidade de que hajam outros pedidos semelhantes.

Ademais, consoante precedente da Corte Superior, atendidos os requisitos, deve ser concedido o horário especial ao servidor estudante, porquanto o dispositivo legal não deixa margem à discricionariedade da Administração, constituindo a concessão do benefício, nesse caso, ato vinculado, senão vejamos:

> *"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR ESTUDANTE. HORÁRIO ESPECIAL. REQUISITOS. DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA. De acordo com o disposto no art. 98 da Lei nº 8.112/90, o horário especial a que tem direito o servidor estudante condiciona-se aos seguintes requisitos: comprovação de incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição; ausência de prejuízo ao exercício do cargo; e compensação de horário no órgão em que o servidor tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. Atendidos esses requisitos, deve ser concedido o horário especial ao servidor estudante, porquanto o dispositivo legal não deixa margem à discricionariedade da administração, constituindo a concessão do benefício, nesse caso, ato vinculado. Recurso não conhecido." (STJ - REsp: 420312 RS 2002/0031578-8, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 20/02/2003, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 24.03.2003 p. 266).*

Pelo exposto, com o parecer ministerial, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, conceder a ordem reclamada neste *mandamus*, e determinar que a parte impetrada conceda à impetrante jornada especial de trabalho, com observância de seu horário escolar, sendo este: (a) segunda-feira: das 07:30 às 11:45 horas; b) terça-feira: das 07:30 às 16:15 horas; c) quarta-feira: das 14:45 às 16:15 horas; d) quinta-feira: das 08:15 às 14:00 horas; e) sexta-feira: das 08:15 às 10:00 horas; f) sábados: das 07:30 às 09:00 horas, permitindo, pois, a compensação de horários sem prejuízo das funções do cargo, confirmando a liminar de f. 238-43.

Processo extinto com exame de mérito. Sem custas e honorários, vez que incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 13 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0000793-87.2006.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS – ASSÉDIO MORAL – RECONHECIDO – PEDIDO DE EXONERAÇÃO MACULADO – REINTEGRAÇÃO AO CARGO – DEVIDA – RESTITUIÇÃO DO *STATUS QUO ANTE* – DETERMINADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a servidora foi submetida, quando exercia suas funções junto à autarquia municipal, a ações e palavras que atingiam, pela repetição e reiteração, a sua autoestima e sua segurança, fazendo-a duvidar de si e de sua competência, implicando em evidente dano ao ambiente de trabalho, à evolução de sua carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do servidor, tanto que veio a solicitar involuntariamente seu desligamento da entidade pública, impõe-se reconhecer a ocorrência de assédio moral, fulmina de nulidade o ato de exoneração.

A declaração de nulidade da exoneração implica na devolução da servidora ao *status quo ante*, com sua reintegração no cargo público da qual detinha estabilidade, sendo-lhe devido, desde a exoneração até a reintegração, a remuneração e as vantagens de caráter pessoal, devendo o período de equivocado afastamento ser contado para todos os fins de direito, considerando-o como efetivo tempo de serviço para fins de promoção (progressão funcional) e aposentadoria.

Reconhecido o assédio moral causado pelo preposto, impõe-se compelir a autarquia municipal ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em valor que não onere em demasia a requerida, mas que represente um bom alento à vítima.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de outubro de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Dircemara Martinelli, qualificada nos autos da Ação Declaratória c/c Reparação de Danos (feito nº 0000793-87.2006.8.12.0043, da Vara Única de São Gabriel do Oeste/MS) que promove em face da SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, também qualificada, inconformada com a sentença proferida na origem, interpôs Apelação Cível (f. 483-500).

Afirmou que o Juízo singular incorreu em equívoco ao, em afastando a tese de assédio moral, julgar improcedentes os pedidos iniciais, concernentes a: declarar a nulidade do pedido e do deferimento de sua exoneração do cargo de ajudante administrativa, determinando-se sua reintegração ao quadro funcional da requerida, no mesmo cargo que exercia, condenando-a no pagamento de indenização dos valores que deixou de receber no período de afastamento, tanto a título de remuneração quanto de vantagens, com juros e correção monetária; condenar a requerida ao recolhimento da contribuição previdenciária do período de afastamento, a fim de possibilitar a contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria; condenar a requerida no pagamento de indenização por danos morais; alternativamente, condenar a requerida no pagamento da indenização e lucros cessantes, referente a diferença entre o salário atual (dois salários mínimos) a remuneração que teria direito caso estivesse no cargo, acrescidas das vantagens, isso até a data em que vier a adquirir direito à aposentadoria; condenar a requerida ao pagamento de 18 horas extras por mês, com adicional de 50% sobre a remuneração, com os reflexos sobre as gratificações natalinas, férias, abono de férias de 1/3, dada a habitualidade das horas extras; condenar a requerida ao pagamento de gratificação de função de 50% sobre o vencimento, acrescido das vantagens pessoais, a partir de junho de 2000, com desconto dos valores pagos entre março de 2002 e dezembro de 2004, com reflexo sobre horas extras adicionada de 50%, férias, abono de 1/3 e gratificação natalina; alternativamente, condenar a requerida no pagamento da gratificação de função nos meses de junho de 2000 a fevereiro de 2002 e de janeiro de 2005 em diante, com reflexo sobre horas extras adicionada de 50%, férias, abono de 1/3 e gratificação natalina; condenar a requerida ao pagamento da gratificação de diferença de caixa, a base de 40% no período em que não recebeu tal benefício financeiro, com reflexo sobre horas extras adicionada de 50%, férias, abono de 1/3 e gratificação natalina.

Asseverou, a despeito da convicção do Juízo *a quo*, a respeito da inexistência de indícios de assédio moral, em virtude da fragilidade das provas testemunhais, que restou plenamente demonstrado nos autos, por meio do acervo documental que acompanha a inicial e dos depoimentos testemunhais que seu superior hierárquico promoveu violência psicológica com impactos emocionais e profissionais.

Cotejou os fundamentos invocados pelo Juízo singular com os depoimentos testemunhais, concedendo valoração jurídica diversa daquela consignada na sentença, realçando que subsistem provas documentais evidenciando que o diretor da requerida "fez de tudo" para provocar seu pedido de exoneração, a exemplo de indeferir tanto seu pedido de cedência para outro órgão quanto seu pedido de licença não remunerada.

Indicou que o diretor, ao indeferir o pedido de licença não remunerada em virtude da falta de pessoal e, dois dias depois, acolher seu pedido de exoneração, evidencia a motivação disfarçada do representante da requerida, que era desligá-la do quadro funcional.

Enumerou uma série de episódios envolvendo o diretor da requerida que, segundo sustenta, enquadram-se na qualidade assédio moral sofrido, colocando em relevo, novamente, os depoimentos testemunhais que estariam a aclarar o mau comportamento do diretor da recorrida em relação a sua pessoa, como desferir gritos e xingamentos, pronunciar palavras de baixo calão, inclusive contra a prole, perseguir erros no trabalho etc.

Referiu que, em razão do referido assédio moral, viu-se obrigada a pedir exoneração, para perceber o equivalente à metade do que vinha recebendo enquanto pertencente aos quadros funcionais da requerida.

Sustentou, então, que a requerida deve reparar o dano causado por seu representante legal, seja pela responsabilidade prevista no art. 932, III, do Código Civil, seja pela culpa *in eligendo*.

Aduziu que o referido assédio moral evidencia que o pedido de exoneração estava maculado por vício de consentimento, razão esta suficiente para a declaração de nulidade do ato de desligamento e, consequentemente, sua reintegração no cargo, com a indenização referente à remuneração e demais

vantagens que deixou de perceber, do desligamento à reintegração, com juros e correção, inclusive com contagem do tempo como efetivamente trabalhado para fins previdenciários, além do pagamento de indenização por danos morais, ou pagamento de indenização e lucros cessantes referentes à diferença entre o que teria direito de ganhar, se na ativa estivesse, e o que efetivamente passou a receber, desde o ato da exoneração até a data em que terá direito à aposentadoria.

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para reformar-se a sentença, julgando-se parcialmente procedente o pedido inicial nos termos da pretensão recursal.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 504-513) onde rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 18/10/2016)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por ex-servidora em face de autarquia municipal, objetivando reformar a sentença proferida na origem, que julgou improcedentes seus pedidos iniciais, os quais objetivavam o reconhecimento do assédio moral havido em momento anterior ao seu pedido de exoneração do cargo para, declarado o vício de consentimento, ser reintegrada aos quadros funcionais da apelada, com condenação desta ao pagamento das verbas retroativas.

Saliento, inicialmente, que embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, certo é que, em razão de a sentença e decisão dos embargos terem sido publicadas na vigência do Código de Processo Civil de 1973, são as regras desse *códex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Feita esta nota introdutória, e uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço do recurso e passo ao exame de seu mérito.

Mérito

Breve escorço

Para bem compreender a controvérsia, afigura-se necessário tecer um breve escorço dos fatos e atos processuais relevantes ao deslinde da controvérsia.

Consoante consta dos autos, a requerente Dircemara Martinelli ajuizou a presente ação declaratória de nulidade de ato jurídico e reparação de danos, em 12.06.2006, afirmando, basicamente, que: a) em 01.09.1995, após aprovação em concurso público, foi nomeada para o cargo de ajudante administrativa, vindo a galgar diversos cargos posteriores de maior responsabilidade, nada obstante não tenha percebido, em alguns períodos, a contraprestação que lhe era devida; b) desde quando assumiu seu primeiro cargo, passou a sofrer constantemente assédio moral do dirigente da apelada, Sr. José Barreto Filho, tendo tal situação se agravado após adoecer, no ano de 2004; c) a partir de setembro de 2004, o relacionamento profissional passou a ficar insuportável, em razão de tantas agressões e pressões; d) em 17.02.2005 sobreveio o diagnóstico médico de "*ansiedade intensa, irritabilidade com tremores de extremidades com sudorese fria, musculatura retesada e choro fácil*", a qual debita ao tratamento profissional pouco ortodoxo que vinha recebendo, pelo que concluiu pela impossibilidade de continuar trabalhando com o dirigente da autarquia municipal; e) solicitou, então, sua cedência para outro órgão municipal, mas não logrou êxito, sob o alegado pretexto de falta de pessoal e de que seu salário pagaria outros três funcionários; f) diante da intensa pressão, em 16.05.2005, requereu licença não remunerada, o que foi indeferido pelo mesmo motivo (falta de pessoal), tendo sido informado pelo dirigente que somente permitiria seu afastamento se "*pedisse*

as contas"; g) diante desta perspectiva, em ato de desespero, solicitou sua exoneração, que foi prontamente deferida, a despeito das alegações anteriores de falta de pessoal; h) sujeitou-se a largar a estabilidade e a boa remuneração para trabalhar na iniciativa privada, com salário muito menor e maior carga horária, em decorrência do fato de não mais aguentar trabalhar junto ao diretor, que lhe tratava de forma desumana, perseguindo-a e pressionando-a a pedir exoneração; i) a anormalidade de seu desligamento levou colegas a achar que estava acometida por insanidade mental.

Em razão dos referidos fatos, sustentou que: I) afigura-se possível o reconhecimento da nulidade de sua exoneração, por vício de vontade, por ter sido coagida a pedir o afastamento definitivo, sob pena de, em agindo em sentido contrário, acabar adoecendo; II) deve ser reintegrada no cargo que ocupava, condenando-se a apelada ao pagamento retroativo de todas as verbas e direitos inerentes ao cargo, do desligamento até a reintegração, com juros de mora e correção monetária, além de considerar o tempo de afastamento para fins de aposentadoria; III) deve a requerida ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, advindas da conduta ilícita de seu diretor, em valor não inferior a 300 salários mínimos; IV) subsidiariamente, se não reintegrada no cargo, tem direito à indenização por danos materiais e lucros cessantes, que extensamente enumera na petição inicial.

Citada, a requerida apresentou contrarrazões (f. 157-177), sustentando que: a) preliminarmente, deve ser reconhecida a prescrição quinquenal retroativa, fulminando qualquer pretensão relativa a direitos anteriores aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação; b) não deve ser responsabilizada, já que pagou todos os direitos estatutários, não concorrendo, seja dolosa ou culposamente, para o pedido de exoneração, não tendo causado qualquer dano, seja moral ou material; c) o pedido de exoneração fora realizado de livre e espontânea vontade, alegando motivos particulares, não viciando o ato; d) não houve acúmulo de função de caixa; e) foi designada para ser responsável pelo caixa, diante de sua experiência, mas ciente de que não existia previsão legal para pagamento de gratificação; f) não assumiu a gerência do setor de pessoal, mas tão somente passou a auxiliar a encarregada da sobredita divisão; g) sempre houve pagamento das gratificações, quando devidas; h) a relação pessoal da requerente, o diretor e os outros funcionários sempre aconteceu dentro da normalidade; i) não cabe dano moral com base em superficial alegação de assédio moral; j) o valor da indenização por danos morais deve ser em valor razoável; k) o pedido de exoneração foi motivado pelo interesse da requerente de organizar e colocar em funcionamento um loja na iniciativa privada.

Em audiência de instrução e julgamento, foram colhidos depoimento pessoal da requerente (f. 408-411) depoimento do diretor da apelada (f. 412-413) e os depoimentos testemunhais de 4 (quatro) testemunhas (f. 414-424).

Após apresentação de alegações finais, sobreveio a prolação da sentença (f. 464-470), onde o juízo singular declarou a prescrição retroativa quinquenal e, no mérito da parte cognoscível, desacolheu os pedidos iniciais.

Apresentados embargos, estes foram rejeitados (f. 479-480).

Não resignada, a requerente interpôs apelação cível (f. 483-500), devolvendo ao conhecimento do tribunal tão somente os pedidos de reconhecimento do assédio moral, declaração de nulidade de sua exoneração, com sua consequente reintegração no cargo e condenação da requerida no pagamento dos direitos desde o afastamento até a o retorno no cargo, além da indenização por danos morais. Subsidiariamente, não reintegrada no cargo, pede uma indenização pelos danos materiais, incluídos os lucros cessantes, equivalente à diferença salarial entre o cargo público e o que passou a receber, com todas as vantagens e adicionais, desde a exoneração até quando implementar idade para aposentadoria, com nova definição dos ônus sucumbenciais.

Estas são as questões que deverão ser abordadas no presente julgamento.

Assédio moral e nulidade do ato de exoneração

Como relatado, a requerente pretende o reconhecimento da existência de assédio moral, a fim de demonstrar que, quando do pedido de exoneração, sua vontade encontrava-se viciada em razão do forte abalo psicológico da qual vinha passando.

Quanto ao assédio moral, leciona Yussef Said Cahali, *in verbis*:

> *"(...) convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções - usualmente quando há relação hierárquica -, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho, forçando-o a desistir do emprego"*[1]

Nesse sentido, também doutrina Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento:

> *"Assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções (...)"*[2]

Como se percebe, o assédio moral possui quatro elementos caracterizadores, a saber: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho.

Nada obstante o estudo deste instituto esteja mais desenvolvido no âmbito da iniciativa privada, cuja matéria tem despontado interesse cada vez maior dos estudiosos da área trabalhista, já se afigura possível deparar-se com alguns artigos científicos que logram sistematizar e transportar as teorias do direito privado para a área pública.

Neste sentido é o notável trabalho de Emília Munhoz Gaiva, que bem assimila a natureza jurídica do assédio moral na ótica da Administração Pública. Veja-se:

> *"O assédio moral deve ser estudado como um ato discriminatório violador de um direito personalíssimo, cuja proteção remonta ao restabelecimento de uma situação de ofensa a núcleo essencial dos direitos fundamentais do trabalhador assegurados constitucionalmente e, no caso do assédio praticado no serviço público, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade.*
>
> *Sob esse parâmetro, a prática de assédio moral vulnera os direitos fundamentais ao trabalho digno, à saúde, à honra, à imagem e à intimidade da vítima, adentrando à seara da responsabilidade civil."*[3]

Sobre as consequências, então, desta prática no serviço público, especialmente para a vítima do ato ilícito, Gaiva bem aclara que "*se o assediador tiver logrado êxito no seu objetivo de excluir o empregado assediado daquele ambiente do trabalho, a doutrina se posiciona no sentido de conferir nulidade absoluta*

1 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 352

2 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Assédio Moral no ambiente do trabalho**. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922/930, ago. 2004.

3 GAIVA, Emilia Munhoz. **Assédio moral na administração pública**. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13018&revista_caderno=4>. Acesso em ago 2016.

a esse ato, atribuindo ao empregado assediado o direito a reintegração no emprego, como reflexo da garantia constitucional da não discriminação"[4].

De fato, não se poderia concluir de forma diversa quando, em razão de insistentes e reiterados atos violadores de sua tranquilidade psíquica, o servidor procura se desvencilhar do mal que o aflige por meio de seu desligamento do trabalho.

Em casos tais, evidentemente que o eventual pedido de exoneração do servidor, quando acometido pelos efeitos deletérios do assédio moral, não poderia ser qualificado como ato espontâneo, já que maculado por uma força externa que, lastreada em finalidade antijurídica, acaba por conduzir involuntariamente o servidor ao desligamento, em flagrante afronta os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

Seguindo esta intelecção, impõe-se verificar se, na hipótese em julgamento, a requerente logrou demonstrar a prática de assédio moral enquanto servidora pública integrante da autarquia municipal denominada SAAE – Serviço Autônomo de Água Esgoto de São Gabriel do Oeste/MS.

Para tanto, cabia-lhe demonstrar alguns pressupostos lógicos da prática, por seu superior hierárquico, do assédio moral, a saber: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho.

E, neste sentido, tenho que a requerente, ora apelante, deste ônus se desincumbiu.

Saliento, antes de deliberar sobre as provas dos autos, que o exame de causas desta natureza exige uma sensibilidade especial e mais acurada por parte do Estado-Juiz, especialmente em razão da evidente dificuldade de a vítima demonstrar referidas práticas antijurídicas, não raras vezes disfarçadas sob aparência de legalidade, mas realizadas em ambiente de trabalho onde a hierarquia funcional e o temor reverencial daqueles que se colocam em posição de subserviência ao agente infrator, acabam por minimizar ou mitigar os testemunhos e os relatos, ainda que de maneira inconsciente, tornando ainda mais custoso o aclaramento da verdade substancial.

Na hipótese em julgamento, tenho que os elementos de prova carreados aos autos evidenciaram a prática das condutas antijurídicas promovidas pelo superior hierárquico da requerente, que se apresentou capaz de conduzi-la involuntariamente ao pedido de exoneração.

Do "Atestado de Tempo Funcional" carreado aos autos à f. 24-28, afigura-se possível constatar que a requerente ingressou no serviço público municipal por meio de concurso público, tendo sido nomeada em 01.09.1995 para o cargo de ajudante administrativa e exonerada, a pedido, em 18.05.2005.

Percebe-se, dos documentos e testemunhos que instruem o processo, que a tese descrita na inicial acabou se confirmando verossímil, tendo se evidenciado que a relação de trabalho foi paulatinamente se degradando no tempo, em razão do assédio, até o derradeiro pedido de exoneração.

Consoante se dessume das razões iniciais, a requerente afirmou que sempre deteve um tratamento pouco ortodoxo, tendo sido perseguida pelo superior hierárquico, Sr. José Barreto Filho, desde quando ingressou no serviço público, em 1995.

Segundo relatos da servidora, os seguintes episódios seriam exemplos passíveis de demonstrar o assédio moral: I) em 1995, quando o sistema operado na autarquia era o MS-DOS, o Sr. Barreto lhe ameaçava rasgar anotações chamando-a de incapaz de decorar códigos; II) ciente de que a servidora passava mal perto de pessoas fumando, o superior hierárquico passou a ascender cigarro sempre que ela adentrava na sala do

4 Idem.

diretor ou na sala de reuniões; III) o superior sempre colocou defeitos nos trabalhos apresentados ou colheu para si os méritos dos trabalhos por ela bem feitos; IV) era pressionada pelo diretor, após a realização de cursos, afirmando que não detinha competência para aprender, relatado que ele mesmo deveria ter feito os cursos; V) era obrigada a cobrir outros serviços (fazer limpeza do escritório, café, serviço de informática) quando outros servidores saíam de férias, sob a alegação de ser sua obrigação e a autarquia não deter servidores para substituir, ameaçando prejudicá-la caso não cumprisse tais atribuições; VI) próximo do horário de almoço era convocada para analisar novamente as planilhas por ela confeccionadas, sendo que, ao informar ao superior que detinha afazeres com seu filhos menores, era-lhe dito que seus filhos "*não era nenhum criancinha e que já estavam até dando*"; VII) nos últimos meses de convivência, era chamada de "*burra*" e de "*incompetente*"; VIII) o diretor sempre tomou para si os créditos das ideias e ações bem sucedidas da autora.

Referiu que, diante de tanta pressão, em agosto de 2004, passou a sentir dores, tendo procurado atendimento médico em setembro de 2004, cujo fato teria desencadeado em constantes agressões verbais pelo superior hierárquico, que compreendia o quadro clínico como "frescura" e "desculpas" para faltar o serviço.

Asseverou que, em razão dos fatos, e da piora de seu quadro de saúde, visando se desvencilhar do ambiente de trabalho na SAAE, procurou ser cedida para outros órgãos da Administração Pública Municipal, cujo pedido lhe foi negado pelo diretor da autarquia, sob o pretexto da falta de pessoal e porque, quisesse ela sair, seu salário poderia pagar outros três funcionários, sendo-lhe dito que tal desligamento seria um favor à autarquia.

Afirmou, então, que vindicou licença para tratar de assuntos particulares, em 16.05.2005, cujo requerimento igualmente foi indeferido, em razão da alegação de falta de pessoal, momento em que não viu outra solução que não solicitar sua imediata exoneração, isso em 18.05.2005, o que fora prontamente deferida pelo superior hierárquico no mesmo dia.

Tenho que tais relatos encontram amparo nas provas coligidas aos autos, não se apresentando crível a existência de motivo jurídico outro para que a requerente, na condição de funcionária pública estável, com aproximadamente 10 (dez) anos de carreira pública, viesse a solicitar seu desligamento prematuro dos quadros da municipalidade e, traspassado pouco mais de 1 (um) ano, promovesse ação ordinária em face da autarquia, em 12.06.2006, relatando sérias denúncias de assédio moral.

O primeiro elemento que, de início, já está a evidenciar a degeneração da condição de trabalho da requerente, por sua relação com o superior hierárquico, está na sucessão de fatos que culminaram em reiterados pedidos de afastamento médico.

Observa-se do já citado "Atestado de Tempo Funcional" (f. 26) que, a partir do ano de 2000, quando a autora assumiu cargos de maior responsabilidade dentro da autarquia municipal, a Função Gratificada DAI-2 lhe foi retirada, por meio da revogação da Portaria nº 008/96 por meio da Portaria nº 015/00.

Daquele momento em diante, percebe-se que vários foram os afastamentos para tratamento de saúde solicitados pela servidora (f. 25-26), como reflexo de um ambiente de trabalho que começara a demonstrar sinais de degradação.

No último semestre do ano de 2004, segundo consta do histórico de f. 25-26, a servidora afastou-se do serviço público por 6 (seis) oportunidades em razão de atestados médicos, reforçando a convicção de que a relação de trabalho estava a se tornar cada vez menos suportável.

Ainda quando se encontrava nos quadros da autarquia municipal em questão, em 17.02.2005, a requerente consultou médico especialista do trabalho, Dr. Nelson Eduardo Melke (CRM/MS nº 1284), que diagnosticou (f. 34):

> *"Paciente com quadro de ansiedade intensa, irritabilidade com tremores de extremidades com sudorese fria, Musculatura retesada e choro fácil."*

Certamente tal quadro clínico se justificava pelas dificuldades encontradas em seu ambiente de trabalho.

No depoimento pessoal da requerente, prestado em 08.11.2007, esta confirmou com riqueza de detalhes, as mesmas práticas relatadas na inicial, afirmando (f. 409-411):

> *"(...) Que pediu exoneração em razão do tratamento que lhe era dado pelo diretor, que falava que o trabalho não era desenvolvido direito, colocando defeito nos serviços realizados pela requerente. Que falava inclusive que era para se dedicar à empresa e não às filhas, pois se tivesse que trabalhar fora do expediente, era para fazê-lo. Que o Sr. Barreto, Diretor da Empresa também falava alto e às vezes gritava. Que inclusive usava expressão como: "resolva isso pois eu não tenho que mexer meu pênis fazendo ele de varinha de condão para resolver o problema". Que o Sr. Barreto fumava em sala fechada na presença da declarante e o mesmo sabia que a mesma tinha problema com isso e afirmava para a declarante que isso era frescura. Que se recorda inclusive que chegou a pedir licença, pois o diretor falava que ela não tinha capacidade para realizar o trabalho, então o pedido foi indeferido pois não teria outra pessoa para colocar em seu lugar, segundo dito pelo Sr. Barreto. Que não gostava de entrar na sala do diretor, Sr. Barreto, pois era certo que iria voltar com o trabalho pois não era aprovado pelo Sr. Barreto. Quando pediu a exoneração o pedido foi aceito de imediato, no mesmo dia. Que não sairia da autarquia requerida se não tivesse um motivo para isso."*

Grande parte destas queixas foram confirmadas na oitiva das testemunhas, as quais realçaram a forma de tratamento despedida pelo diretor da Autarquia à requerente, a despeito de tal superior negar em grande parte os fatos em sua oitiva.

A propósito, consta do depoimento do referido diretor, Sr. José Barreto Filho, *in verbis*:

> *"que o relacionamento entre o depoente e a requerente era normal, como qualquer outro funcionário. Que não é verdade que tenha usado palavras de baixo calão ou expressões. (...) Que o tratamento dispensado a requerente era igual para todos. (...) Que a época a autora trabalhava no SAAE o declarante já fumava. Que sempre fumou em frente de todos os funcionários mas nunca de porta fechada. Que a autora já reclamou do cheiro do cigarro, mas esclarece que quando ela reclamou o declarante não estava fumando e isso aconteceu no final, próximo do pedido de exoneração."*

Apesar de colocar-se em contrariedade às alegações da requerente, as demais testemunhas confirmaram a versão dos fatos apresentada pela recorrente.

Neste sentido, constou do depoimento de Cicero Gomes de Souza (f. 414-417), servidor do SAAE à época, *in verbis*:

> *"(...) que é servidor do SAAE, ocupando cargo de Assistente Administrativo, todavia está cedido atualmente para a Secretaria Municipal de Saúde. Trabalhou com a autora no período de 1996 até quando ela pediu exoneração. Que o pedido de exoneração da autora, segundo os comentários, foi gerado por causa de insatisfação no trabalho, alguns constrangimentos diante da diretoria, cobranças injustas da diretoria para com a*

> *autora. Que o diretor na época era o Sr. Barreto. Que em uma das ocasiões o Diretor da autarquia chamou a autora e o depoente sobre um problema de serviço, e se recorda que o mesmo falou para os dois "que tinha que resolver o problema pois o diretor não poderia usar o seu pênis como vara de condão e resolver o problema, pois a situação estava que nem couro de pica pra* ***lá e para cá"****. (...) Que o depoente saiu em cedência para outro órgão porque não concordava com a administração do diretor Barreto, no tratamento que lhe era dispensado e atitudes do mesmo. (...) que o tratamento do Sr. Barreto para com a autora, inclusive com a maioria dos servidores, era com rigor exacerbado, não era através de diálogo mas de grito. Que já presenciou a autora saindo da sala 'engolindo choro', e se foi chorar, foi no banheiro, sem que ninguém visse, pelo menos o depoente não chegou a ver. Que a autora pediu para continuar para fazer uma planilha mais tarde pois já estava passando da hora do almoço, esclarecendo o depoente que sua sala ficava ao lado e ouviu quando isso aconteceu. Ouviu quando o Sr. Barreto disse à autora que seus filhos já estavam grandes e já sabiam se virar, inclusive uma já estava 'dando'. Que sua filha tinha doze anos de idade na época. Que o Sr. Barreto fumava em sala fechada. Que certa vez em uma reunião a autora pediu ao sr. Barreto que apagasse o cigarro pois não estava se sentindo bem, e então o sr. Barreto disse que não iria apagar, e se estivesse incomodado era para sair, e então a autora acabou saindo da sala, o que gerou um certo conflito naquela reunião, que por sua vez não chegou a acabar. Que em regra a autora tinha que modificar o conteúdo de seu trabalho, e também as suas sugestões quase sempre não eram aceitas. Que o tratamento entre autora e Sr. Barreto nos últimos dois anos acabou se agravando, inclusive a autora tinha medo de ir na sala do diretor, mas acabava indo em razão do trabalho. Que as vezes pedia ajuda do depoente no trabalho, para que tivesse o mínimo de erro possível. Que ela tinha medo porque já achava que seu trabalho não ia ser aceito e seria criticado. (...) Que diariamente o depoente extrapolava o horário de serviço, e havia um livro que controlava o horário dos servidores, todavia não poderia ser anotado as horas-extras, apenas até as 17:00 horas. Que a autora era cobrada pela diretoria para que procedesse dessa forma. Que a autora chegava a extrapolar seu horário de trabalho, na época que estava no caixa e depois quando foi para o RH as vezes tinha que trabalhar sábados, feriados e domingos. (...) Que também ao depoente era atribuído tarefas excessivas, mas não cobranças excessivas."*

É de se observar, de tal depoimento, a confirmação da tese consignada na petição inicial, evidenciando as condutas abusivas da diretoria, atentando para a incolumidade psíquica da requerente por meio de condutas reiteradas, o que desencadeou em sua exclusão do ambiente de trabalho.

A testemunha Fábio Luiz Sachett, por também trabalhar na SAAE e, por isso, encontrar-se na condição de subordinado do Sr. Barreto, igualmente relatou (f. 418-419), *in verbis*:

> *"(...) Que sempre haviam discussões de um modo geral, com todos reunidos em comitê. Que havia uma cobrança muito grande, principalmente nas pessoas que exerciam cargos de chefia. Que às vezes o Sr. Barreto quando faziam as cobranças xingava, mas isso era de um modo geral, bem como as vezes os próprios funcionários xingavam o Sr. Barreto, que inclusive até hoje faz isso. (...) Que o depoente já pediu para sair antes do término do horário de trabalho para tratar de assuntos particulares e foi deferido, e isso também acontece com os demais funcionários. (...) Que Neida trabalhava na contabilidade mas não sabe ao certo qual era a função dela, mesmo porque o depoente trabalha na parte externa. Que não tem afinidade com a autora, apenas se tratavam como colega de trabalho. (...) que nas reuniões do comitê as vezes o Sr. Barreto gritava mas era com todos. Que nunca viu a sra. Dircemara xingando o Sr. Barreto."*

Do relato de tal testemunha é possível verificar que, apesar de compreensível a falta de conhecimento mais aprofundado acerca dos fatos, já que era trabalhador da área externa e não detinha maiores afinidades com a requerente, era da praxe da diretoria a utilização de xingamentos e cobranças mais acirradas daqueles

com maior confiança, o que corrobora o testemunho de Cícero e o depoimento da requerente, sendo possível aferir, ainda, que o tratamento com outros funcionários apresentava-se mais ameno, com maiores flexibilizações, panorama este diferente do trato havido entre requerente e o diretor da autarquia.

A despeito do esforço da testemunha em tentar enquadrar as condutas de seu superior hierárquico como dentro da normalidade, o que se afigura compreensível diante da existência de superioridade hierárquica que se perpetuava ao menos até a data do depoimento, não se poderia, a toda evidência, compreender os atos de hostilidade verbal relatados pela requerente e confirmados pela testemunha Cícero como conduta ordinária, impassível de acarretar maiores repercussões na estima própria da servidora, mormente quando advindos por uma autoridade do segundo escalão da Administração Pública Municipal.

No depoimento de Neida Lurdes Balzan (f. 420-422), nada obstante a depoente tenha procurado minimizar os efeitos deletérios da relação havida entre o diretor e a requerente, o que também se justifica em razão de a testemunha encontrar-se subordinada ao diretor e exercendo, à época do relato, um cargo em comissão de Diretora Financeira e Contábil Patrimonial, confirmou ela que "*Barreto sempre fumava dentro da sala e na presença de qualquer um, às vezes de porta fechada às vezes de porta aberta. Que presenciou a autora reclamar com o sr. Barreto sobre a fumaça do cigarro, mas o sr. Barreto levava em brincadeira e às vezes apagava o cigarro e às vezes não*".

Referida testemunha, que possui relação estreita e é detentora da confiança do diretor da Autarquia, apesar de relatar uma versão alinhada à de seu superior hierárquico, apresentou contradições em relação ao próprio relato do alegado diretor, especialmente no tocante ao uso do tabaco de portas fechadas, cuja divergência, não obstante o pouco significado para o deslinde da controvérsia, é imperioso para tornar relativa a presunção de veracidade dos relatos que destoam da versão apresentada pela requerente.

A última testemunha ouvida em juízo (f. 423-424), Sra. Targina Maria de Souza Kuhn, pouco contribuiu para o esclarecimento da controvérsia, já que nada soube relatar sobre os fatos controvertidos, tendo apenas confirmado a forma de controle do livro-ponto da instituição, onde, formalmente, registra-se a entrada e saída nos horários normais de expediente, sem prejuízo da informal compensação quando necessário.

Diante deste amplo cotejo das provas levadas aos autos, é possível concluir que a requerente efetivamente teve seu ambiente de trabalho deteriorado pelas condutas abusivas da diretoria da entidade, que reiteradamente procurou desestabilizar psicologicamente a requerente até culminar no pedido de exoneração do cargo público estável.

E para reforçar esta convicção, demonstrando o desvio da finalidade no ato de exoneração, está a proximidade dos pedidos de licença para tratar de interesses particulares e de exoneração.

Consoante se dessume do documento de f. 36, a requerente solicitou licença para tratar de assuntos particulares em 16.05.2005, pelo período de 12 (doze) meses.

Referida licença, como por todos ressabido, permite o licenciamento do servidor sem remuneração, não causando maiores prejuízos à Administração Pública (art. 98 da Lei Municipal nº 430/2000 – f. 92).

A despeito disso, e apesar da possibilidade de convocação de outro profissional, ainda que temporário, para solver o claro advindo do deferimento da licença, conforme autorizava, inclusive, a Lei Municipal nº 516/2003 (f. 69), o Diretor da SAAE entendeu por bem indeferir o requerimento dois dias depois da solicitação, isto é, em 18.05.2005, valendo-se da seguinte motivação:

> *"Recebi em 16/5/2005, e indefiro o pedido em razão da falta de pessoal e inexistência de concurso público para preenchimento da vaga."*

Em vista desta decisão, a requerente viu-se forçada a vindicar sua exoneração, em requerimento datado de 18.05.2005 (f. 37), o qual fora prontamente despachado na mesma data.

A despeito da aparente legalidade do ato de exoneração, afigura-se ineludível que o ato da solicitante se encontrava maculado por vício de vontade, já que não pretendia o desligamento da instituição, mas foi forçada a assim agir como maneira de se desvencilhar de toda a carga negativa que a relação de emprego estava a lhe impingir.

E em nada seduz a tese de defesa apresentada pela requerida SAAE, no sentido de que o pedido de exoneração estaria vinculado a um simples interesse particular, de trabalhar na iniciativa privada.

É bem verdade que restou evidenciado que, logo após o pedido de exoneração, a requerente logrou ser admitida em uma relação de emprego, em revenda de celulares.

Entretanto, é por demais simplório justificar o ato de desligamento dos quadros da SAAE no suposto interesse particular da servidora em trabalhar como empregada na iniciativa privada, ignorando todo o histórico de atritos, reiteradas licenças médicas em razão das condições degradantes de trabalho etc.

Por certo, diante da degeneração do ambiente de trabalho, desencadeada por conduta antijurídica, realizada de forma reiterada e conduzida pela direção da entidade em detrimento da sanidade da requerente, não há dúvidas que toda e qualquer ocupação externa, que pudesse prover o sustento próprio e da família, certamente seria compreendida como medida libertadora de uma condição insustentável.

É exatamente neste ato impensado que reside a involuntariedade do pedido de exoneração, que macula com nulidade absoluta o ato de desligamento, até porque, como visto, o ato não alcançou qualquer finalidade expressa ou implicitamente prevista em norma legal, tendo havido desvio de finalidade para expungir a servidora dos quadros da autarquia municipal.

Não é demais salientar, a propósito do tema, que o próprio Município de São Gabriel do Oeste/MS editou a Lei Municipal nº 511/2003, que "*Dispõe sobre a aplicação de penalidades à pratica de assédio moral no âmbito da Administração Pública do Município de São Gabriel do Oeste e dá outras providências*"[5].

Referida legislação é categórica ao reafirmar o compromisso do Município com a repreensão de casos de assédio moral, tendo como sanções a advertência, suspensão de até 30 dias, com participação obrigatória em curso de comportamento social e, finalmente, demissão.

A propósito, os arts. 2º e 3º da Lei Municipal nº 511/2003, dispõem:

> *"Art. 2º. Para fins do disposto nesta Lei,* ***considera-se assédio moral todo tipo de ação, gestos ou palavras que atinjam, pela repetição, a auto-estima e a segurança de uma pessoa, fazendo-a duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do servidor****"*
>
> *"Art. 3º As ações, gestos ou palavras referidos no artigo anterior são os seguintes:*
>
> *I. Marcar tarefas com prazos impossíveis;*
>
> *II. Transferir alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais;*
>
> *III. Tomar crédito de idéias de outros;*

5 Disponível em < http://www.camarasgo.ms.gov.br/index.php?p=legislacao >

IV. Ignorar ou excluir um servidor diretamente subordinado, só se dirigindo a ele através de terceiros;

V. Sonegar informações de forma insistente;

VI. Espalhar rumores maliciosos;

VII. Criticar com persistência;

VIII. Subestimar esforços;

IX. Admoestar com rudez;

X. Por facciosismo de ordem político-partidária ou ideológica, designar servidor para exercer função incompatível com o cargo"

Como se percebe, o caso se enquadra em perfeição ao citado conceito legal de Assédio Moral, visto que a requerente foi submetida, quando exercia suas funções junto ao SAAE, a ações e palavras que atingiam, pela repetição e reiteração, a sua autoestima e sua segurança, fazendo-a duvidar de si e de sua competência, implicando em evidente dano ao ambiente de trabalho, à evolução de sua carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do servidor, tanto que veio a solicitar seu desligamento.

Em vista do quanto apurado nos autos, impõe-se reformar a sentença proferida na origem, para reconhecer a ocorrência do assédio moral e, por consequência, declarar a nulidade do ato de exoneração.

A propósito, em casos análogos, veja-se:

"REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. VÍCIO DO CONSENTIMENTO DEMONSTRADO. OCORRÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA." (TJPR - 5ª C. Cível - RN – Processo nº 1252472-4 - Cascavel - Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira - Unânime - - J. 23.06.2015)

"APELAÇÃO – Ação ordinária – Servidora pública municipal – Autora que pediu exoneração – Alegação de assédio moral no ambiente de trabalho – Pedido de reintegração ao cargo e de pagamento de indenização por danos morais e materiais – Sentença de parcial procedência – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Ato ilícito caracterizado – Existência de prova suficiente da ocorrência do assédio moral – Nexo causal evidente – Responsabilidade objetiva do Município pelos atos praticados por seus agentes – Artigo 37, §6º, da Constituição Federal – Danos morais presumidos – Cabimento apenas da redução do valor arbitrado, para sua adequação a outros precedentes – Juros de mora e correção monetária – Matéria de ordem pública – Necessidade de alteração, de ofício – Aplicação da Lei n. 11.960/09, quanto aos critérios de juros de mora e correção monetária – Admissibilidade - Superveniência do julgamento da ADI nº 4425/DF, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade por arrastamento da Lei nº 11.960/09 – Recente prolação, pelo STF, da decisão que modulou os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, mas somente em relação à fase de execução após a expedição do precatório – Observância aos critérios estabelecidos pela Lei n. 11.960/09, até o julgamento de repercussão geral sobre a matéria (Tema 810) – Parcial provimento do recurso, com observação." (TJSP; Processo: 0006064-26.2010.8.26.0115; Relator(a): Maria Olívia Alves; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/11/2015; Data de registro: 18/11/2015)

> *AÇÃO ORDINÁRIA Pretensão relativa à reintegração no cargo de funcionário público, do qual pediu exoneração por conta de suposto assédio moral, bem como indenização por danos morais - Viabilidade - Designação dolosa em represália política - Ato administrativo (exoneração) que contou com elemento volitivo viciado, devendo ser anulado - Dano Moral Caracterizado naturalmente, diante da coação psicológica - Redução do valor para R$ 15.000,00, sobre o qual deverá incidir juros de mora e correção monetária, a partir da data do julgamento do presente recurso - Aplicabilidade da Lei nº 11.960/09 - Sentença parcialmente reformada Recursos parcialmente providos."* (TJSP; Processo: 0000441-80.2010.8.26.0082; Relator(a): Leme de Campos; Comarca: Boituva; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 03/12/2012; Data de registro: 06/12/2012)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. ASSÉDIO MORAL. SERVIDORES PÚBLICOS. CONFIGURAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Convencionou-se chamar de 'assédio moral' o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções – usualmente quando há relação hierárquica –, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho, forçando o a desistir do emprego. Caso concreto em que resta configurado o assédio moral no serviço público, tendo em vista a criação de setor sem qualquer utilidade dentro da Administração Pública, com deslocamento de grupo de servidores por um período de 1 (um) ano e 6 (seis) meses aos fundos do Ginásio Municipal, à época com precária infraestrutura e reduzidas condições materiais para o desempenho adequado das funções que lhes foram atribuídas. Dessumem-se os danos morais, decorrentes da dor, angústia e constrangimentos, além do isolamento sofrido por parte dos demais colegas. Conduta da Administração Pública Municipal que afronta o interesse público, ferindo notadamente os princípios da impessoalidade, da finalidade, da moralidade e da eficiência. Valor dos danos morais mantidos. Apelação Desprovida"* (TJRS, 9.ª CCv., ApCível n.º 70022783237, Rel.ª Des.ª Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 04.12.2008).

Remanesce a necessidade de definir as consequências do reconhecimento do assédio moral e da declaração de nulidade do ato de exoneração.

Reintegração no cargo

Com a invalidação do ato administrativo que importou na exoneração da requerente do cargo público, os efeitos que emanam desta declaração operam-se *ex tunc*, isto é, retroativamente, acarretando a reintegração da servidora pública no cargo público do qual encontrava-se estável.

A propósito dos efeitos da invalidação, valem os ensinamentos do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

> *"Os efeitos da invalidação consistem em fulminar o ato viciado e seus efeitos, inúmeras vezes atingindo-o ab-initio, portanto retroativamente. Vale dizer: a anulação, com frequência, mas não sempre, opera ex tunc, isto é, desde então. Fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem. (...)*
>
> *Isto significa recusar validade ao que já se passou. Mas é claro que nem por isso se está invadindo o passado (tarefa impossível até para o Direito), pois é no presente que se recusa validade aos efeitos pretéritos.*
>
> *De todo o modo, percebe-se, neste passo, uma diferença nítida entre os efeitos da invalidação e os da revogação. Enquanto a invalidação muitas vezes suprime seu objeto retroativamente, eliminando as situações passadas, a rogação as respeita, pois apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro."*[6]

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 459.

Seguindo este entendimento, impõe-se determinar a reintegração da requerente no cargo público de Ajudante Administrativa, na função de Ajudante Administrativa, do SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, por representar o cargo da qual detinha estabilidade.

Não se pode, a toda evidência, reintegrar a requerente em eventual função comissionada, como parece pretender a apelante, porquanto a designação pressupõe um requisito de natureza subjetiva (confiança).

Assim, a reintegração deverá ocorrer no cargo público do qual foi investida, nomeada e tomou posse por meio de concurso público.

Indenização dos direitos desde o afastamento até a o retorno no cargo.

Como consequência, ainda, da declaração de nulidade do ato exoneratório, que se opera com efeitos *ex tunc*, impõe-se restabelecer o *status quo ante*, condenando-se a requerida na obrigação de pagar à requerente os valores que deixou de receber no período entre a exoneração e a reintegração, a título de remuneração, incluindo-se neste cômputo as vantagens de caráter pessoal, estabelecidas no art. 59 da Lei nº 430/00 (Estatuto dos Servidores Municipais do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Gabriel do Oeste - SAAE) e seus reflexos, devendo o período de equivocado afastamento ser contado para todos os fins de direito, considerando-o como efetivo tempo de serviço para fins de promoção (progressão funcional) e aposentadoria.

A propósito, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. EFEITOS FINANCEIROS. RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO DESPROVIDO.*
>
> *1. Ao Servidor Público reintegrado são assegurados, como efeito lógico, todos os direitos de que fora privado em razão da ilegal demissão, inclusive os vencimentos retroativos. Precedentes desta Corte.*
>
> *2. A decisão judicial deve ter a eficácia de repor as coisas na situação em que se achavam antes da ocorrência da lesão, como se esta pudesse ser eliminada do mundo dos fatos; como não se pode fazer o tempo retroceder, impõe-se que a reparação substitutiva seja a mais ampla e completa possível.*
>
> *3. A decisão que declara a nulidade do ato de demissão e determina a reintegração de Servidor Público ao cargo de origem, ainda que em estágio probatório, opera efeitos ex tunc, ou seja, restabelece o status quo ante, de modo a garantir o pagamento integral das vantagens pecuniárias que seriam pagas no período do indevido desligamento do serviço público.*
>
> *4. Agravo Regimental do Município de São Paulo desprovido."* (AgRg no REsp 1284571/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO RECONHECIDO PELO MEC. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORA PÚBLICA. DIREITO AOS VENCIMENTOS RELATIVOS AO PERÍODO EM QUE FICOU AFASTADA.*
>
> *1. Discute-se no presente recurso os efeitos financeiros da decisão que anula o ato administrativo que havia excluído a servidora do cargo estadual de professora para o qual já havia sido nomeada, empossada e encontrava-se em exercício regular há mais de um ano quando foi instaurado o processo administrativo.*

> *2. A anulação do ato que excluiu a servidora do cargo que ocupava tem como consequência lógica a sua reintegração com o restabelecimento do statu quo ante, incluída a recomposição integral de seus direitos, inclusive o de receber os vencimentos que deveriam ter sido pagos durante o período em que esteve afastada do serviço público. Precedentes: REsp 1.169.029/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/3/2011; AgRg nos EmbExeMS 14.081/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 17/04/2012; AgRg no AgRg no REsp 826.829/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 17/3/2008; AgRg no Ag 640.138/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 16/5/2005; REsp 5.955/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 21/9/1992.*
>
> *Agravo regimental provido."* (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 119.025/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 30/09/2013)

Saliente-se, a propósito, que as vantagens de caráter funcional (art. 60 da Lei nº 430/00), vantagens de caráter indenizatório (art. 61 da Lei nº 430/00) e vantagens de caráter acessório (art. 62 da Lei nº 430/00) não deverão ser incluídas na condenação, visto que representam benefícios que dependem de designação especial ou situações especiais de trabalho ou de deslocamento, as quais não se inserem nos efeitos da presente tutela anulatória.

No cálculo do valor devido de forma retroativa, deverão ser descontados os valores já indenizados à servidora quando de sua exoneração, conforme aclarado na planilha de f. 186, sob pena de acarretar *bis in idem*.

Juros de mora e correção monetária.

Sobre as parcelas devidas a partir da exoneração ocorrida em maio de 2005, deverão incidir correção monetária, a partir do momento em que o pagamento deveria ter sido realizado (vencimento de cada parcela), e juros de mora, a partir da citação, em 21.07.2006.

No tocante aos encargos propriamente ditos, no período entre maio de 2005 até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, em 29.06.2009, incidirão correção monetária pelo IPCA-E.

A partir da citação, em 21.07.2006 até 29.06.2009, além da correção monetária acima estipulada, incidirão juros de mora no montante de 0,5% ao mês, conforme prescrevia o art. 1º-F[7] da Lei nº 9.494/97, vigente à época.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, em 29.06.2009, tanto a correção monetária quanto os juros de mora incidirão na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, conforme redação dada pela citada Lei (incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança), isto até 25.03.2015, quando, em razão da modulação dos efeitos nas ADINs 4425 e 4357, sobre o devido deverá voltar a incidir a correção monetária pelo IPCA-E, mantendo-se os juros de mora na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (juros aplicados à caderneta de poupança) até o efetivo pagamento.

Recolhimento das contribuições previdenciárias

Para fins de restabelecimento do *status quo ante*, caberá à requerida regularizar a situação previdenciária de requerida, recolhendo eventuais contribuições previdenciárias relativas ao período de

7 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. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

afastamento, descontando-se, dos valores a serem vertidos à requerente, a parcela que a ela caberia se estivesse na ativa, tudo a fim de possibilitar a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

Danos morais

Finalmente, a apelante pede uma indenização por danos morais advindos do assédio moral.

Por evidente, o pedido deve ser acolhido.

Os fatos ultrapassam o que ordinariamente ocorre na história funcional do servidor, representando ato ilícito ensejador de responsabilização civil.

Como bem prescreve o art. 37, § 6º, da CF/88, "*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*".

Tal responsabilidade, como se vê, é objetiva, exigindo-se, para a responsabilização da autarquia, tão-somente a verificação do nexo causal (causa e efeito) entre o dano produzido e a atividade desempenhada pelo preposto, independentemente da verificação da culpa.

Bem aclara Sérgio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre tal dispositivo constitucional, *in verbis*:

> *"Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato; A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano."*[8]

No caso, considerando-se que o ato ilícito ocorreu dentro da autarquia municipal, por preposto da SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, esta responde objetivamente pelos danos morais causados à servidora vítima de assédio moral, sem prejuízo do direito de regresso em face do causador do dano.

Assim, presentes o ato ilícito (conduta do agente do estado praticando assédio moral), o dano (prejuízos advindos da prática reiterada de atos que causam evidentes abalos psicológicos e físicos à vítima) e o nexo causal entre ambos (prejuízos desencadeados pelo ato do superior hierárquico), fixar uma indenização por danos morais é medida de rigor.

Quantum

O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho discorre sobre este tema:

> *Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*

8 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** - 5ª ed. rev. aument. e atual. 2ª tiragem - São Paulo, Malheiros, 2004. p. 244-245.

> *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 conseqüências, 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.* [9]

A indenização, portanto, deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, assim como punitivo, visando à compensação ao dano sofrido. Não devendo, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

No caso específico dos autos, deve ser sopesado que o ato ilícito se perpetuou no tempo por mais de 10 (dez) anos, o que, por si só, revela que a extensão do dano justifica a fixação do valor em quantia razoável.

Não se pode perder de vista, outrossim, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada, tendo em vista que o alegado assédio moral ocorreu por vários anos, tendo se intensificado nos últimos meses anteriores à exoneração, perspectiva que autoriza a fixação da indenização em patamar um pouco superior à média, até mesmo em razão da capacidade econômica da parte ofensora.

Todavia, as condições pessoais da vítima exigem promover uma moderação no arbitramento, já que não há indicativo de que seja abastada.

Atentando-se às peculiaridades apresentadas no caso dos autos, então, e observados os princípios da razoabilidade e da moderação, hei por bem arbitrar a indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que não onera em demasia a requerida, mas representam um bom alento à vítima.

Juros de mora e correção monetária

Sobre o valor da indenização por danos morais, deverão incidir juros de mora a contar da citação, tendo em vista que se trata de uma responsabilidade que possui origem em uma relação contratual (subsistia vínculo estatutário entre a servidora e a requerida).

No tocante ao percentual dos juros moratórios, como adiantado no "item II.II.b.1", deverão incidir no montante de 0,5% ao mês até 29.06.2009, a partir de quando tais encargos incidirão na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (juros aplicados à caderneta de poupança) até o efetivo pagamento.

Além disso, o valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente pelo IPC-A-E a partir deste arbitramento, na forma da Súmula nº 362[10] do STJ.

Pedido subsidiário de indenização por danos materiais

Subsidiariamente, caso não fosse reintegrada no cargo, pedia uma indenização pelos danos materiais, incluídos os lucros cessantes, equivalente à diferença salarial entre o cargo público e o que passou a receber,

9 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil,** 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, pág. 90.

10 "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento." (Súmula 362 do STJ)

com todas as vantagens e adicionais, desde a exoneração até quando implementar idade para aposentadoria, com nova definição dos ônus sucumbenciais.

Referida pretensão restou prejudicada em face do acolhimento do pedido principal.

Redimensionamento dos ônus sucumbenciais

Considerando-se a reforma da sentença no que tange aos pedidos condenatórios advindos do reconhecimento do assédio moral, impõe-se redimensionar os ônus sucumbenciais, com novo arbitramento dos honorários advocatícios.

No tocante ao redimensionamento, tendo em vista que perdura a derrota da requerente, em menor grau, quanto aos desvios de função rejeitados na origem e não devolvidos ao conhecimento deste Colegiado, impõe-se condenar a requerente no pagamento de 30% das despesas processuais e dos honorários advocatícios, observado o quanto disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, ficando a cargo da requerida o pagamento de 70% dos referidos encargos.

Entretanto, no tocante às despesas processuais, a autarquia municipal é isenta do seu pagamento, na forma do art. 24, I, da Lei nº 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul), à exceção do reembolso à parte vencedora de 70% das custas que efetivamente tiver suportado (§1º do art. 24 do referido Regimento).

Quanto aos honorários sucumbenciais, considerando-se o teor do art. 20, §4º, do CPC/73, incidente na hipótese, afigura-se necessário arbitrar a verba honorária em valor que se apresente consentâneo com o valor econômico da demanda, especialmente diante da condenação da requerida na reparação dos prejuízos materiais e morais.

Nesta senda, observado o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço e, principalmente, o valor das condenações impostas (§3º do art. 20 do CPC/73), hei por bem fixar a verba honorária em R$ 10.000,00 (dez mil reais), admitindo a compensação na forma do art. 21 do CPC/73.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Dircemara Martinelli e lhe dou parcial[11] provimento para, em reformando parcialmente a sentença, julgar parcialmente procedente os pedidos iniciais para:

a) reconhecer a ocorrência do assédio moral e, por consequência, declarar a nulidade do ato de exoneração;

b) determinar a reintegração da requerente no cargo público de Ajudante Administrativa, na função de Ajudante Administrativa, do SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto;

c) condenar a requerida SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto no pagamento, em favor da requerente, dos valores que esta deixou de receber no período entre a exoneração e a reintegração, incluindo-se a remuneração e as vantagens de caráter pessoal, estabelecidas no art. 59 da Lei Municipal nº 430/00 (Estatuto dos Servidores Municipais do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de São Gabriel do Oeste - SAAE) e seus reflexos, devendo o período de equivocado afastamento ser contado para todos os fins de direito, considerando-o como efetivo tempo de serviço para fins de promoção (progressão funcional) e aposentadoria;

11 O provimento é parcial, porque nem todas as pretensões aviadas no apelo restaram acolhidas, como exemplo da reintegração no cargo que ocupava ao momento da exoneração em vez daquele que foi investida quando nomeada após concurso público.

c.1) na apuração do valor devido, deverão ser descontados os valores já indenizados à servidora quando de sua exoneração, conforme aclarado na planilha de f. 186;

c.2) sobre as parcelas devidas a partir da exoneração ocorrida em maio de 2005, deverão incidir correção monetária, a partir do momento em que o pagamento deveria ter sido realizado (vencimento de cada parcela), e juros de mora, a partir da citação, em 21.07.2006;

c.2.1) no período entre maio de 2005 até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, em 29.06.2009, incidirão correção monetária pelo IPCA-E;

c.2.2) a partir da citação, em 21.07.2006 até 29.06.2009, além da correção monetária acima estipulada, incidirão juros de mora no montante de 0,5% ao mês, conforme prescrevia o art. 1º-F[12] da Lei nº 9.494/97;

c.2.3) a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, em 29.06.2009, tanto a correção monetária quanto os juros de mora incidirão na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, conforme redação dada pela citada Lei (incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança), isto até 25.03.2015, quando, então, em razão da modulação dos efeitos nas ADINs 4425 e 4357, sobre o devido deverá voltar a incidir a correção monetária pelo IPCA-E, mantendo-se os juros de mora na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (juros aplicados à caderneta de poupança) até o efetivo pagamento.

d) condeno a requerida SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto na obrigação de regularizar a situação previdenciária de requerida, recolhendo eventuais contribuições previdenciárias relativas ao período de afastamento, descontando-se, dos valores a serem vertidos à requerente, a parcela que a ela caberia se estivesse na ativa, tudo a fim de possibilitar a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria;

e) condeno a requerida SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto no pagamento de indenização por danos morais a ser pago em favor da requerente, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), cujo montante deverá ser corrigido monetariamente pelo IPCA-E a partir deste arbitramento (Súmula nº 362 do STJ) e acrescido de juros de mora, a partir da citação, no montante de 0,5% ao mês até 29.06.2009, a partir de quando os juros de mora incidirão na forma estabelecida no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (juros aplicados à caderneta de poupança) até o efetivo pagamento.

f) por consequência do provimento do recurso e reforma parcial da sentença, redimensiono os ônus da sucumbência nos seguintes moldes:

f.1) condeno a requerente no pagamento de 30% das despesas processuais e dos honorários advocatícios;

f.2) condeno a requerida ao pagamento de 70% dos honorários advocatícios; como a autarquia municipal é isenta do pagamento das despesas processuais, na forma do art. 24, I, da Lei nº 3.779/2009, caber-lhe-á apenas o reembolso à parte vencedora dos 70% das custas que efetivamente tiver suportado (§1º do art. 24 da referida Lei);

f.3) com lastro no art. 20, §§ 4º e 3º do CPC/73 arbitro os honorários advocatícios em R$ 10.000,00 (dez mil reais), admitindo a compensação na forma do art. 21 do CPC/73.

12 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. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Eduardo), após o relator dar parcial provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 25/10/2016)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal)

Dircemara Martinelli interpõe apelação cível por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS que, nos autos da Ação Declaratória c/c Reparação de Danos que move em face de SAAE - Serviço Autônomo de Água e Esgoto, julgou improcedente o pedido inicial.

A questão posta no presente recurso cinge-se em analisar se a autora sofreu assédio moral por seu superior hierárquico e, por consequência, a nulidade de sua exoneração, com a reintegração ao cargo e condenação da requerida ao pagamento de danos morais.

Pedi vista dos autos para melhor analisar as provas e não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator.

Compulsando detidamente o caderno processual, vejos que as provas documentais e testemunhais são claras no sentido de configuração do assédio moral alegado.

O relator do feito analisou cuidadosamente o preenchimento dos requisitos ensejadores de tal prática, sendo eles: conduta abusiva; natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; reiteração de conduta e finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho, tendo concluído que:

> *"o caso se enquadra em perfeição ao citado conceito legal de assédio moral, visto que a requerente foi submetida, quando exercia suas funções junto ao SAAE, as ações e palavras que atingiam, pela repetição e reiteração, a sua autoestima e sua segurança, fazendo-se duvidar de si e de sua competência, implicando em evidente dano ao ambiente de trabalho, à evolução de sua carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do servidor, tanto que veio a solicitar seu desligamento".*

Por essa razão, acompanho na íntegra os fundamentos bem lançados pelo relator, a fim de dar parcial provimento ao recurso e julgar parcialmente procedentes os pedidos.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 25 de outubro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006444-22.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DESERDAÇÃO – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE ATAQUE A TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – REJEITADO – MÉRITO – PRETENSO DESAMPARO DO ASCENDENTE COM GRAVE ENFERMIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL – CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO EM TESTAMENTO DECLARADA NULA – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final, declarou nula a cláusula de deserdação, afigura-se possível conhecer do recurso.

Se o requerente não logrou demonstrar ter havido desamparo pelo requerido ao ascendente com grave enfermidade, mas um natural distanciamento do pai para com o filho em razão de novas núpcias, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista em testamento público.

Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

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 preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Vanderson de Souza, qualificado nos autos da ação de deserdação, feito nº 000644-22.2012, da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, que promove em face de Adão de Souza, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível (f. 128-150).

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar improcedente o pedido da inicial e, por consequência, declarar nula a cláusula testamentária de deserdação de Adão de Souza, declarando-o herdeiro necessário de Vitório de Souza, isto sob o fundamento de que o rol dos artigos que dispõem sobre a deserdação é taxativo, o qual não consta o abandono afetivo.

Alegou que subsiste entendimento em sentido contrário ao consignado em sentença, afirmando não ser taxativo o rol de causas de deserdação, pelo que, nestes casos, devem ser considerados os princípios constitucionais norteadores dos vínculos familiares e dos direitos da pessoa humana e não apenas a letra fria da lei.

Justificou que tem o dever jurídico e moral de fazer cumprir o testamento no qual foi nomeado testamenteiro, pois o documento não deixa dúvida sobre as disposições de última vontade do testador, bem como preenche todos os requisitos legais exigidos para sua validade, não apresentando nenhum vício.

Aduziu que o apelado incorreu na conduta descrita pelo inciso IV do artigo 1962 do Código Civil - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade -, por falta de afetividade com o testador.

Asseverou que o motivo da deserdação não é o abandono material, já que o testador possuía patrimônio capaz de arcar com suas despesas, seja tratamento de saúde, ou de qualquer outra natureza, mas sim o desamparo afetivo e assistencial, cuja causa restou comprovada pelas testemunhas ouvidas em juízo.

Rebateu pontualmente os depoimentos que são desfavoráveis ao pedido inicial, apontando pretensas incoerências que estariam a descredibilizar os relatos.

Sustentou, então, que havendo absoluta falta de vínculo afetivo entre ascendentes e descendentes, por período considerável de tempo, abertas estariam as portas da deserdação por quebra de afetividade, não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição.

Em vista disso, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, declarar válida e eficaz a cláusula testamentária que deserdou o recorrido Adão de Souza.

Intimado o recorrido apresentou contrarrazões suscitando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso porque o recorrente não teria impugnado todos os fundamentos da sentença os quais, por si mesmos, já se mostrariam suficientes para manter irretocável o *decisum*. No mérito, rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça reputou desnecessária sua intervenção no feito (f. 166-169).

Sobre a aplicabilidade do art. 85, §11, do CPC/2015 as partes se manifestaram (f. 174 e f. 175).

Instado a se manifestar sobre a preliminar de não conhecimento, suscitada em contrarrazões, o apelante apresentou petição intermediária (f. 179-183).

VOTO (EM 13/09/2016)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por testamenteiro em face de filho de testador, objetivando reformar a sentença que julgou improcedente o pedido inicial e, por consequência, declarou nula a cláusula testamentária de deserdação do apelado, declarando-o herdeiro necessário do *de cujus*, isto sob o fundamento de que o rol dos artigos que dispõem sobre a deserdação é taxativo, o qual não consta o abandono afetivo.

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que a publicação/intimação da sentença foi realizada na vigência deste novel *Códex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, iniciando-se pelo juízo de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Em razão da entrada em vigor do NCPC/2015, o juízo de admissibilidade recursal e a eventual deliberação acerca dos efeitos a serem atribuídos à apelação passou a ser competência exclusiva do Relator, na forma do seu art. 1.012.

Considerando-se que o novel *Códex* não mais repete a expressão *"será recebida*", passando a prescrever, no *caput* no art. 1.012, que "*a apelação terá efeito suspensivo*", não se afigura mais necessário providenciar o recebimento autônomo do apelo, já que os efeitos operam-se automaticamente por força de lei (*ope legis*).

Até porque, consoante dispõe o § 1º do art. 1.012 do NCPC/2015, "*além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...)*".

Quer isso dizer, então, que não subsiste necessidade de o Estado-Juiz afirmar em qual efeito está a receber o recurso de apelação, bastando ao jurisdicionado cotejar o teor da sentença com as previsões contidas no art. 1.012, *caput* e parágrafos, para concluir se o *decisum* está ou não a produzir efeitos a partir da publicação.

Por outro lado, havendo necessidade de alteração dos efeitos legais da apelação, subsiste a possibilidade de concessão de efeito suspensivo *ope judicis*, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 1.012 do NCPC/2015 (suspende-se a eficácia da sentença nas hipóteses em que, por lei, o efeito do apelo é apenas devolutivo), ou mesmo o deferimento de tutela provisória nos recursos, conforme previsão do art. 932 II, do mesmo Diploma Processual (concede-se eventual eficácia à sentença, quando, por lei, os efeitos da apelação são devolutivo e suspensivo). Nestes casos, então, caberá ao Relator da apelação deliberar sobre o pedido.

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), passo a examinar a preliminar de não conhecimento do apelo suscitada em contrarrazões.

Juízo de admissibilidade

Não conhecimento por suposta ausência de ataque a todos os fundamentos da sentença

Como relatado, o recorrido apresentou contrarrazões e suscitou, preliminarmente, o não conhecimento do recurso porque o recorrente não teria impugnado todos os fundamentos da sentença os quais, por si mesmos, já se mostrariam suficientes para manter irretocável o *decisum*.

E assim o faz, porque "*Além da ausência de qualquer prova assentada na sentença, a disposição testamentária também padece de vício insanável, qual seja a ausência da expressa declaração da causa da deserdação, já que muito embora o testamento haja mencionado o disposto no 1.962, IV do Código Civil, não menciona qualquer situação que seria subsumível à hipótese legal*".

Logo, sustentou que, ainda que pudessem ser acolhidas as alegações quanto ao pretenso abandono afetivo "*a disposição testamentária continuaria ineficaz pelo vício quando de sua elaboração, vício este*

que reside no fato de não haver notícia do real motivo que deu azo à pretensa deserdação, apenas menção genérica ao texto legal que autoriza o testador a tomar tão severa medida contra seus herdeiros, situação que por si só basta para manter intacta a sentença apelada".

A despeito do alegado, a preliminar de não conhecimento deve ser rejeitada.

Isso porque, ao contrário do quanto defendido nas contrarrazões, o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final, declarou nula a cláusula de deserdação.

No tocante as formalidades que envolvem o testamento com cláusula de deserdação, apesar de o Juízo singular ter consignado, inicialmente, não haver a declaração do fato que ensejara a instituição da cláusula com base no art. 1.062, IV, do CC/2002, este ultrapassou o pretenso óbice e acabou por julgar o mérito da deserdação, permitindo ao testamenteiro ultrapassar igualmente qualquer discussão formal para, enfim, demostrar a causa pelo seu mérito.

Saliente-se, a propósito, que a necessidade vislumbrada na sentença, de declaração do fato no testamento, que dera ensejo à deserdação, é discutível, já que subsiste na doutrina entendimento em sentido diverso.

A propósito do assunto, Mauro Antonini aclara:

> *"Como visto no comentário ao art. 1.961, pressuposto da deserdação é que o autor da herança, ao deserdar, aponte no testamento uma das causas legais que autorizam essa pena aplicável aos herdeiros necessários. Basta apontar a hipótese legal, sem necessidade de narrar o fato que lhe deu causa, com suas circunstâncias. É possível, portanto, ao testador deserdar herdeiro necessário simplesmente dizendo, por exemplo, que sofreu ofensa física dele. O fato deverá ser comprovado, no entanto, com suas circunstâncias, na ação que se segue à abertura da sucessão, indispensável para o aperfeiçoamento da deserdação."*[1]

Neste passo, considerando-se a subsistência de entendimento doutrinário, de que basta o apontamento da hipótese legal de deserdação no testamento para que a cláusula possa deflagrar o procedimento, relegando para a ação de deserdação a demonstração dos fatos, não se apresenta possível o acolhimento da tese do recorrido, de que o recurso não pode ser conhecido, porque não houve ataque a todos os fundamentos da sentença, os quais, por si mesmos, já se mostrariam suficientes para manter irretocável o *decisum*.

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por suposta ausência de ataque a todos os fundamentos da sentença e, uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, passo ao exame do mérito.

Mérito

Deserdação

Basicamente, o testamenteiro ajuizou a presente ação de deserdação, objetivando o reconhecimento da hipótese prevista no art. 1.962, IV, do CC/2002, porque o requerido, basicamente, após tomar ciência da doença do *de cujus* (câncer), não teria prestado nenhum tipo de auxílio, a exemplo de afeto, zelo, preocupação.

1 ANTONINI, Mauro. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 – coordenador Cezar Peluso. 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011. p. 2324.

Após instrução probatória, o Juízo singular julgou improcedente a pretensão inicial, declarando nula a cláusula testamentária de deserdação do requerido, declarando este herdeiro necessário para legitimá-lo à herança de Vitório de Souza. Para tanto, valeu-se basicamente dos seguintes fundamentos:

> *"De todo modo, analisando a questão posta, verifica-se que o testador não necessitava de amparo material, posto que possuía bens suficientes para sua mantença e tratamento da doença que lhe acometera, tanto que há bens a serem partilhados, não tendo lhe faltado amparo neste particular. O que se quis nos presentes autos foi provar a ocorrência do abandono afetivo do herdeiro para com o testador, o que é questionado pela doutrina e jurisprudência, mas também restou indemonstrado. ()*
>
> *Compulsando os autos, vislumbra-se que as únicas provas produzidas foram as oitivas de testemunhas, e ainda como se verá, são deficientes para medida de tão gravidade.*
>
> *Ainda que fosse possível a análise dos autos nesse diapasão (abandono afetivo), não restou comprovado através das testemunhas que o herdeiro não tivesse interesse pelo seu genitor ao fim de sua vida, quando enfermo.*
>
> *O que ficou demonstrado foi um distanciamento natural do pai para com o filho em razão de novas núpcias. (...)*
>
> *Ante o exposto, julgo improcedente o pedido da inicial, e declaro nula a cláusula testamentária de deserdação de Adão de Souza e em consequência, o declaro herdeiro necessário para legitima-lo à herança de Vitório de Souza."*

Não resignado, o testamenteiro interpôs a presente apelação cível, afirmando que: não é taxativo o rol de causas de deserdação; o apelado incorreu na conduta descrita pelo inciso IV do artigo 1962 do Código Civil - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade-, por falta de afetividade com o testador; o desamparo afetivo e assistencial restou comprovado pelas testemunhas ouvidas em juízo; havendo absoluta falta de vínculo afetivo entre ascendentes e descendentes, por período considerável de tempo, abertas estariam as portas da deserdação por quebra de afetividade.

Em vista disso, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, declarar válida e eficaz a cláusula testamentária que deserdou o recorrido Adão de Souza.

Como se percebe dos autos, a controvérsia gira em torno de se definir se restaram provados os fatos que, em tese, dariam ensejo à deserdação do apelado Adão de Souza, e se a causa estabelecida no art. 1.962, IV, do CC/2002 contempla o abandono afetivo.

Tenho que, apesar dos argumentos do apelante, a sentença não deve ser reformada. Explico.

A causa da deserdação, conforme consta da escritura pública de f. 13-14, seria o enquadramento do filho na hipótese estabelecida no art. 1.962, IV, do Código Civil/2002, que prescreve:

> *"Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: (...) IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade."*

A respeito do referido dispositivo, Sílvio de Salvo Venosa bem ressalta:

> *"O último inciso do presente artigo reporta-se desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Tais atos demonstram o desprezo pelo ascendente, o desamor, a falta de carinho. (...) O desamparado é eminentemente econômico, na medida do que podia o descendente amparar. Todavia, não se descarta o desamparo moral e*

> *intelectual da dicção legal. O caso concreto e o prudente exame das circunstâncias pelo juiz ditarão a procedência da causa de deserdação."*[2]

Como se observa, para o mencionado doutrinador, tanto o desamparo material quanto o desamparo moral poderia representar causa legítima de deserdação.

Por outro lado, outros juristas, a exemplo de Fabrício Zamprogna Matiello realçam a conotação econômica do dispositivo, ao realçar, *in verbis*:

> *"O desamparo a que o ascendente é relegado pelo descendente, quando aquele encontrar-se acometido por grave enfermidade, também é motivo bastante para que seja promovida a deserdação. Isto não acontece se restar comprovado que o descendente não tinha condições econômicas de prestar auxílio, eis que a penalidade prevista na lei decorre da negativa egoísta daquele que, podendo, deixa de dar assistência ao descendente [leia-se, ascendente] em momentos de severa necessidade."*[3]

Como se percebe, a doutrina é vacilante acerca da possibilidade ou não de o abandono afetivo ou moral ser enquadrado na hipótese do art. 1.962, IV, do Código Civil/2002.

A despeito deste dissenso, ainda que fosse admissível aderir à corrente de que o desamparo afetivo é causa de deserdação, no caso em exame, as provas produzidas nos autos não permitem concluir que o Sr. Adão de Souza efetivamente desamparou emocionalmente seu pai, o testador Vitório de Souza, enquanto perdurou a grave enfermidade que o acometeu (câncer).

A versão que melhor define o ocorrido foi bem aquilatada pelo julgador singular, que, com percuciência, realçou ter havido um "*um distanciamento natural do pai para com o filho em razão de novas núpcias*", cuja causa jamais poderia autorizar a medida drástica de deserdação.

Não se pode negar, a toda evidência, que as novas núpcias de um genitor acarreta um afastamento ordinário entre o contraente e sua prole, havida na relação matrimonial anterior.

Este distanciamento, não raras vezes ocasionada por fatos desencadeados pela vontade própria do novo casal, não poderia ser confundido como abandono moral ou afetivo da prole para com o ascendente, já que pouco controle tem o filho para a manutenção do *status quo* em situações tais.

Na hipótese, pelo exame dos Autos de Inventário nº 0377466-09.2008.8.12.0001, percebe-se que o *de cujus* contraiu novas núpcias com Sra. Aparecida de Fátima da Silva Carlos Souza, no ano de 1998, quando esta detinha aproximadamente 42 (quarenta e dois) anos de idade e, aquele, 60 (sessenta) anos de idade, o que desencadeou na comunhão com regime de separação de bens.

Durante os anos que se passaram, percebe-se do exame dos depoimentos das testemunhas, que o filho detinha boa relação com o genitor, sem qualquer prova segura de que houve, como sustenta o testamenteiro, um abandono afetivo ou moral.

A testemunha Nelson Antunes Rodrigues (f. 81-82), nada obstante tenha asseverado ter ouvido do Sr. Vitório que este reclamava da ausência do filho, realçou que o *de cujus* nunca dissera que Adão o tratava mal. Referida testemunha dispôs que "*só ia na casa do Sr. Vitório quando era chamado para prestar serviço de borracharia*" e que "*a ajuda que o Sr. Vitório pediu para o depoente era para consertar um pneu da camionete*".

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1766.

3 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado : Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2007. p. 1261.

O depoimento da referida testemunha, por certo, não evidenciou qualquer causa de abandono moral ou afetivo, até porque, como visto, seu contato com o testador era esporádico, quando prestava serviços de borracharia.

No testemunho de Sebastião José de Oliveira (f. 83-84), apesar de afirmar que passou a conviver com maior frequência com o testador quando este estava na fase terminal do câncer, não soube confirmar se o enfermo fora internado em hospital particular ou público, o que diminui a verossimilhança do alegado, até porque esclareceu que seu contato era apenas de "vista", quando ia pescar com sua esposa em pesqueiro próximo da residência do Sr. Vitório. Ao final, a testemunha realçou que "*nunca viu briga entre o Sr. Vitório e o Adão*".

Tal testemunha, tal qual a anterior, não trouxe ao convencimento do Juízo qualquer elemento que pudesse dar causa à deserdação, já que não esclareceu, ainda que minimamente, a existência de abandono moral ou afetivo.

Em sequência, o Sr. Manoel da Silva apresentou seu testemunho sobre os fatos (f. 85), tendo aclarado apenas que "*trabalhou com o Sr. Vitório desde 1988, quando Sr. Vitório tinha uma olaria. Que após encerrar a olaria o depoente passou a trabalhar com Adão. Que quando ficou doente o Sr. Vitório ficou internado em hospital. Que não sabe informar quem pagou a despesa do hospital. Que tem conhecimento que o Sr. Vitório tinha uma chácara, uma casa que alugava na Vila Olinda e casas de aluguel na Vila Carlota. Que Adão disse ao depoente que sempre visitava o pai no hospital*".

Como visto, nada desabonador da relação entre pai e filho foi ressaltado pelo depoente, mas apenas o que ordinariamente se espera de uma relação familiar.

A testemunha Dália Nunes de Mello (f. 86-87), por sua vez, apresentou o seguinte depoimento:

> *"Que conhecia o Sr. Vitório ainda quando era solteira. Que a depoente visitava o Sr. Vitório quando estava doente. Que não sabe informar a fonte de renda do Sr. Vitório. Que quando ficou doente o Sr. Vitório ficou internado e sempre visitava o mesmo. Que não sabe informar quem pagou a conta do hospital ou o Sr. Vitório foi atendido pelo SUS. Que o Adão ia visitar o pai no hospital. Que a depoente revezava a visita no hospital com Adão. Que Adão visitava o pai na fase final de sua vida. (...)*
>
> *Que o Sr. Vitório é padrinho do filho caçula da depoente. Que tem conhecimento que Adão tem uma casa e um carro e não sabe informar se possui outros bens. Que Adão é diabético. Que eventualmente Aparecida tentava impedir Adão de conversar com o pai e não dava liberdade para que Adão conversasse com o pai. Que Aparecida sempre tinha um pretexto para impedir que Adão conversasse com o pai, mencionando que era hora do remédio entre outros. Que a depoente tomou conhecimento pelo próprio Adão de que Aparecida não lhe dava liberdade para conversar com o pai. Que Adão nunca pediu para a depoente ir junto com ele para visitar o pai, pois Adão sempre ia sozinho. Que na fase final da vida de Vitório a depoente ia junto com Adão. Que Adão nunca ficou ausente, sempre visitava o pai. Que quando Sr. Vitório ficou doente Adão dava assistência no hospital. Que não tem certeza, mas acredita que Sr. Vitório não precisava de ajuda financeira do filho. Que Sr. Vitório nunca reclamou de Adão para a depoente. Que não sabe informar o período de tratamento de câncer do Sr. Vitório. Que não sabe ao certo, mas acredita que o Sr. Vitório morava em uma residência na Vila Moreninha quando estava com o câncer."*

Como se observa do referido depoimento, prestado por quem tinha o filho como afilhado do testador, ao contrário de possibilitar o reconhecimento de um abandono afetivo ou moral pelo requerido, restou possível aquilatar que subsistia uma normal relação de afinidade entre ele e o genitor, tendo participado, sempre que pôde, na assistência dos problemas vividos pelo testador.

Referido testemunho vai ao encontro daquele prestado por Nilson Pereira da Costa (f. 88), que prestou o seguinte relato:

> *"Que o depoente é vizinho do requerido na Vila Olinda. Que quando Sr. Vitório operou do coração o depoente doou sangue para Sr. Vitório a pedido de Adão. Que nesta época o Sr. Vitório morava na chácara. Que Sr. Vitório vivia da venda de leite e de aluguel de casas. Que o Sr. Vitório não dependia financeiramente de Adão. Que tem conhecimento que Sr. Vitório ficou internado em hospital quando ficou doente, mas não sabe se foi na rede pública ou particular. Que o depoente levou várias vezes o Adão para pernoitar no hospital na companhia do Sr. Vitório. Que Adão revezava com Aparecida no hospital. Que Sr. Vitório nunca reclamou para o depoente que Adão o havia abandonado. (...) que aproximadamente após a cirurgia cardíaca que houve conhecimento do câncer que atingiu Sr. Vitório. Que quando o Sr. Vitório teve o câncer Adão o visitava. Que esta informação foi dada pelo próprio Adão."*

Pelo visto, seguindo a intelecção do referido depoimento, não subsistiria qualquer indicativo de abandono moral ou afetivo por parte do requerido com seu genitor, tudo a recomendar a pronta rejeição da pretensão inicial.

É importante salientar, a propósito das alegações do testamenteiro quanto às supostas inconsistências no depoimento das testemunhas, que o reconhecimento da causa de deserdação é medida excepcionalíssima, que reclama prova cabal da causa legitimadora, sob pena de rejeição da pretensão.

Isso porque, por representar uma penalidade, havendo dubiedade advindas das provas colhidas, a interpretação deve sempre favorecer aquele a quem se está procurando aplicar a sanção (*in dubio pro reo*).

Ademais, não se pode pretender alargar as hipóteses de cabimento com base em interpretação analógica ou, ainda, com base em princípios, indevidamente invocados para aplicar uma drástica sanção ao herdeiro.

Sobre a taxatividade das hipóteses de cabimento da deserdação, valem as lições do já citado Venosa, para quem:

> *"Fora das situações típicas descritas na lei, não pode haver deserdação. Por mais que as relações do morto com o herdeiro necessário tenham envolvido sérios problemas de ordem moral, ética, social ou religiosa, a questão não poderá afastar o sucessor. O espinhoso problema de definir as causas de deserdação é de ordem legislativa e, por se tratar de pena, não podem ser alargadas nem pelo testador nem pelo julgador."*[4]

Considerando-se, pois, que o requerente não logrou demonstrar ter havido efetivamente o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade pelo requerido, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista no testamento.

A propósito, em caso análogo, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça Paulista:

> *"Deserdação. Causa fundada em desamparo imputado pelo testador gravemente enfermo a seus filhos e herdeiros necessários. Eficácia da disposição subordinada à efetiva prova de ocorrência da causa expressa no testamento. Desamparo não comprovado. Testador que não necessitava de auxílio econômico, pois provido de recursos. Insuficiência de prova quanto à ausência de amparo emocional dos filhos ao pai, enquanto se encontrava gravemente enfermo. Ônus da prova do alegado desamparo a cargo dos herdeiros instituídos ou legatários a quem aproveite a deserdação. Parte disponível da herança não atingida*

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 1763.

> *pela ausência de prova da causa da deserdação, como, de resto, já previsto e disposto no testamento. Sentença correta, que analisou com serenidade a prova dos autos. Recurso improvido."* (TJSP; Processo: 0605333-94.2008.26.0100; Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/06/2016; Data de registro: 23/06/2016)

Assim, se as razões recursais não se apresentam aptas a infirmar o bem lançado *decisum* proferido na origem, rejeitar a pretensão recursal é medida de rigor.

Sucumbência recursal

A sucumbência recursal é um dos novos institutos concebidos pelo vigente CPC, que, expressamente, dispõe:

> *"Art. 85. A sentença condenara o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *(...)*
>
> *§11 O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."*

O parágrafo acima transcrito encontra-se em sintonia com o art. 85, § 1º do mesmo *Códex*, que diz que *"são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente"*.

Ao comentar referido instituto, José Miguel Garcia Medina esclarece que a *"condenação ao pagamento de honorários independe de pedido"*. A condenação ao pagamento de verba honorária deve ser fixada *ex officio* pelo juiz: *"A determinação constante do art. 20 [do CPC/1973, correspondente ao art. 85, § 17 do CPC/2015], para que o órgão judicial fixe a sucumbência devida pela parte vencida, importa em que deve fazê-la de ofício, sem necessidade de provocação"* (STJ, REsp 237.449/SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior)[5].

Ainda sobre a matéria, pertinente outra lição doutrinária:

> *"(...) o NCPC invoca ao prever a fixação de honorários advocatícios na fase recursal. O dispositivo estabelece que o tribunal, ao julgar o recurso, fixará nova verba honorária advocatícia, atento aos parâmetros dos §§2º e 6º, e o limite total para a fase de conhecimento.*
>
> *Esse dispositivo busca atingir duas finalidades. A primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais. De outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado.*
>
> *A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo, quanto remuneratório."*[6]

5 Medina, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973** – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 186

6 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo/coord**. Teresa Arruda Alvim Wambier. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 168

Assim, infere-se que ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

Acerca da matéria, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os Enunciados nº 241, 242 e 243, *in verbis*:

> *"Enunciado n. 241 do FPPC: Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.*
>
> *Enunciado n. 242 do FPPC: Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada.*
>
> *Enunciado n. 243 do FPPC: No caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal."*

No caso dos autos, conforme alhures mencionado, como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), impõe-se arbitrar a sucumbência recursal, o que, inclusive, é ratificado pelo enunciado administrativo nº 7, ao estabelecer que "*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*".

A sentença recorrida considerou a parte demandante, ora apelante, como sucumbente, diante da improcedência do pedido inicial e arbitrou os honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no §4º do art. 20 do CPC/73 (f. 122).

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso não merece provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte apelada nesta fase recursal, que se limitou à apresentação de resposta ao recurso do autor (f. 153-159) e manifestação intermediária de f. 174.

Neste passo, diante da ausência de condenação, da impossibilidade de aquilatar o proveito econômico da parte vencedora, e tendo em vista que o valor da causa possui um *quantum* bastante reduzido (R$ 1.000,00), hei por bem, a fim de evitar a fixação de honorários recursais irrisórios, aplicar o § 8º[7] do art. 85 do CPC/2015.

Nesta senda, por apreciação equitativa, na forma do §8º do art. 85 do CPC/2015, e com observância dos parâmetros estipulados no §2º do mesmo dispositivo, fixo o valor dos honorários advocatícios para a fase recursal em R$ 500,00 (quinhentos reais), cujo importe deverá ser arcado pelo requerente, conjuntamente com os honorários fixados na origem (R$ 2.000,00).

Ressalte-se, outrossim, que a exigibilidade de tal encargo deverá ficar suspensa já que o requerente é beneficiário da justiça gratuita (f. 18).

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento suscitada em contrarrazões, para conhecer do recurso de apelação interposto por Vanderson de Souza, mas negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

7 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Em razão da sucumbência recursal, com base no §8º do art. 85 do CPC/2015, e com observância dos parâmetros estipulados no §2º do mesmo dispositivo, fixo o valor dos honorários advocatícios para a fase recursal em R$ 500,00 (quinhentos reais), cujo importe deverá ser arcado pelo requerente, conjuntamente com os honorários fixados na origem (R$ 2.000,00), sendo que a exigibilidade dos encargo deverá ficar suspensa já que o requerente é beneficiário da justiça gratuita (f. 18).

O Sr. Des. Nélio Stábile.(1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Por unanimidade, afastaram a preliminar no mérito, a conclusão de julgamento foi adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator e o 1º vogal negarem provimento ao recurso. Sust. Oral: Dr. Leonildo José da Cunha.

VOTO 27/09/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(2º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Vanderson de Souza, qualificado nos autos da ação de deserdação movida em face de Adão de Souza, dos bens deixados por Vitório de Souza, com base em escritura pública de testamento, datada de 10.10.2007, que julgou improcedente o pedido.(116-123).

O insigne Relator votou para afastar a preliminar de não conhecimento do recurso e no mérito pelo seu desprovimento.

Pedi vista para melhor analisar a questão posta, tendo em vista a peculiaridade do tema aqui tratado.

Pontuo, de início, que acompanho o douto Relator para afastar a preliminar cogitada.

Quanto ao mérito, conforme relatado às f. 185-186, o recorrente aponta seu inconformismo com a sentença que julgou improcedente seu pedido, afirmando ela deve ser reformada, porque diversamente do entendimento esposado pelo magistrado singular, o rol legal que especifica as causas de deserdação não é taxativo, devendo ser considerados outros princípios constitucionais que norteiam as questões familiares e os direitos da pessoa humana.

Afirmou que seu dever é cumprir a disposição de última vontade do *de cujus*, já que foi nomeado testamenteiro, sendo que a escritura pública em debate preenche os requisitos legais ao fim a que se destina. Ressalta que o apelado incorreu na conduta descrita no art. 1962, inciso IV, do CC, onde preceitua que a deserdação pode ocorrer por desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, sendo que no caso, restou comprovada a falta de afetividade do recorrido com o seu pai - testador.

Além disso, segundo asseverou, o apelado sempre dilapidou o patrimônio de seu genitor, desviando valores com a venda de bens, o que determina o adiantamento de legítima. Também que ele era ou é viciado em jogo, e por isso sempre estava endividado, o que o levou a desfazer dos bens recebidos do *de cujus*.

Nesse viés, extraio do pedido inicial que o motivo da deserdação, segundo o autor, seria o fato do recorrido não ter prestado assistência afetiva ao pai - testador - no momento em que ele enfrentou uma grave doença, requisito que consta do rol disposto no art. 1962, IV, do Código Civil, *in verbis:*

> *"Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:*
>
> *I - ofensa física;*
>
> *II - injúria grave;*

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade." (destaquei).

Já o painel probatório é formado pela escritura pública de f. 13-14 e o depoimento pessoal do recorrido e das testemunhas arroladas pelas partes (f. 78-87).

Ante tal, é importante considerar que o Código Civil prevê a possibilidade de se afastar da sucessão, por meio de testamento, herdeiros necessários que se revelarem ingratos, mas a deserção é uma forma excepcional, em que a lei permite ao testador afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, descendentes, ascendentes e cônjuge, privando-os da sua legitima na herança, como também da quota disponível.

Como citado alhures, o rol das causas que autorizam a deserdação estão dispostas no artigo 1.962, são elas: ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a madrasta ou com padrasto, e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, consideradas atos de enorme desamor para com o hereditário, de modo que parece perfeitamente justificável a sua inclusão entre os casos de deserdação, pois se manifesta ostensivo o ódio, ou pelo menos a desafeição do herdeiro com seu ascendente.

Porém, comprovação das causas dispostas no ato de última vontade do testador constitui requisito indispensável para o decreto da deserdação, sob pena de se transformar o testamento em um instrumento de vingança e ódio.

In caso, vejo que a hipótese citada como fundamento para a deserdação - desamparo do ascendente em grave enfermidade – não restou evidenciado nos autos, já que as testemunhas não esclareceram, de forma inequívoca que o recorrido tenha desamparado o pai quando estava acometido de grave doença, apenas que houve um distanciamento entre eles, antes mesmo do conhecimento da enfermidade, mas não um rompimento afetivo e assistencial completo e definitivo. Aquela circunstância – certo distanciamento - por si só, não revela a condição prevista no dispositivo legal vigente que permite a deserdação.

Como dito, tal disposição de última vontade, por meio de testamento, por ser medida excepcional, não pode se basear em elementos frágeis, mas naqueles que não deixem margem a qualquer dúvida, quanto à total ausência de afetividade, zelo e cuidado do filho para com o pai, o que não restou demonstrado nestes autos.

Desse modo, sem mais delongas, acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0838895-33.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO REQUERIDO NO SINISTRO – DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE TRÂNSITO QUE DESENCADEARAM O ACIDENTE – ULTRAPASSAGEM EM CRUZAMENTO – DESRESPEITO À NORMA QUE ORDENA GUARDAR DISTÂNCIA DE SEGURANÇA LATERAL E FRONTAL – DESCUIDO DO VEÍCULO MAIOR EM RELAÇÃO AO MENOR – RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO REQUERIDO RECONHECIDA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PRESSUPOSTOS VERIFICADOS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REQUISITOS COMPROVADOS – INDENIZAÇÕES DEVIDAS – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS NA FORMA DO ART. 20, § 3º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Se o fator preponderante para a ocorrência do acidente foi o fato de o requerido não ter guardado distância de segurança em relação ao veículo da frente, ter promovido ultrapassagem em cruzamento de vias e, finalmente, ter desrespeitado a obrigação de cuidado com o veículo de menor porte, impõe-se reconhecer a culpa exclusiva do demandado pelo acidente.

Se a requerente logrou demonstrar o prejuízo material com o conserto de seu veículo, advindo do ato ilícito praticado pelo requerido (nexo causal), impõe-se condenar o responsável na reparação do dano material.

Se do acidente houve prejuízo moral (afastamento do trabalho; a imobilização da coluna lombar; impossibilidade do pleno atendimento da prole pela genitora, quando ainda em estágio inicial de vida, em razão do acidente) causadores de transtornos psicológicos que superam o que se entende por trivial, impõe-se condenar o responsável na reparação dos danos morais.

Em sendo reformada a sentença, impõe-se inverter os ônus sucumbenciais, promovendo-se um novo arbitramento dos honorários advocatícios, agora na forma do art. 20, §3º, do CPC/73, tendo em vista a existência de condenação.

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, vencido o Relator e 2º Vogal, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal e de acordo com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des.Marco André Nogueira Hanson - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Fernanda Lima da Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nesta ação de reparação por perdas e danos, julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados contra Olmiro Vargas Biberg Júnior.

Em síntese, alega a recorrente que: 1) a conclusão exarada pelo magistrado sentenciante contraria as provas carreadas ao processo, notadamente o Boletim de Ocorrências e os depoimentos prestados, os quais permitem a conclusão de que o acidente objeto do litígio foi causado pelo recorrido; 2) o próprio apelado reconhece ter infringido a regra do art. 33 do CTB, pois confirmou ter realizado ultrapassagem na intersecção de ruas; 3) os policiais que atenderam a ocorrência declinaram em juízo que a causa mais provável do acidente seria a imprudência do apelado e; 4) o croqui elaborado no dia do acidente comprova, a saciedade, a culpa do recorrido na causação do abalroamento.

Pede, nesse contexto, a reforma da sentença (f. 188/199).

Em contrarrazões, o recorrido protesta, basicamente, pelo improvimento da insurgência (f. 202/211).

VOTO 27/09/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Fernanda Lima da Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que nesta ação de reparação por perdas e danos julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados contra Olmiro Vargas Biberg Júnior.

Em síntese, alega a recorrente que: 1) a conclusão exarada pelo magistrado sentenciante contraria as provas carreadas ao processo, notadamente o Boletim de Ocorrências e os depoimentos prestados, que permitem a conclusão de que o acidente objeto do litígio foi causado pelo recorrido; 2) o próprio apelado reconhece ter infringido a regra do art. 33 do CTB, pois confirmou ter realizado ultrapassagem na intersecção de ruas; 3) os policiais que atenderam a ocorrência declinaram em juízo que a causa mais provável do acidente seria a imprudência do apelado e; 4) o croqui elaborado no dia do acidente comprova, a saciedade, a culpa do recorrido na causação do abalroamento.

Pede, nesse contexto, a reforma da sentença (f. 188/199).

De início, convém registrar que a presente insurgência deve ser analisada sob a perspectiva do CPC/73, pois de acordo com a regra de direito intertemporal veiculada no art. 14 do NCPC, os recursos são regidos pela lei vigente à época da decisão impugnada.

Feito tal anotação, passo ao exame meritório.

Como se sabe, a sistemática do ônus da prova no processo civil brasileiro guia-se pelo interesse, ou seja, incumbe a quem dela terá proveito.

Tal se dá, pois, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, "*A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante*

o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente" (DINAMARCO. Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312)..

Ainda de acordo do i. doutrinador:

> *"O Juiz deve julgar "secundum allegatta et probata partium" e não "secundum propiam suam conscientizam" - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato." (Op Cit, p. 312).*

Referida orientação, para além do campo doutrinário, encontra guarida na jurisprudência pátria, valendo destacar, por todas, a lição dada pela ministra NANCY ANDRIGHI, do STJ, no julgamento do REsp 1.364.707/PE, onde sua excelência assentou o seguinte:

> *"Ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito; e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.*
>
> *O ônus da prova, enquanto regra de julgamento - segundo a qual a decisão deve ser contrária à pretensão da parte que detinha o encargo de provar determinado fato e não o fez -, é norma de aplicação subsidiária que deve ser invocada somente na hipótese de o julgador constatar a impossibilidade de formação de seu convencimento a partir dos elementos constante dos autos.*
>
> *(...) permanecendo a incerteza do juiz, decorrente da ausência de produção de prova, em tese, viável do ponto de vista prático, deve-se decidir com base na regra do ônus da prova (...)".*

In casu, verifica-se dos autos que a recorrente ingressou com a presente ação, buscando ser reparada pelos danos que alegou ter sofrido em decorrência de acidente automobilístico causado por culpa do recorrido.

Na sua versão, a dinâmica do sinistro fora a seguinte:

> *"(...) no dia 26 de junho de 2013 transitava de carro pela Rua Autonomista e que, ao aproximar-se da intersecção daquela via com a Rua Giocondo, após ter efetuado a sinalização exigida e tomado as cautelas de praxe, iniciou manobra de conversão à esquerda, para adentrar à Rua Giocondo, foi abalroada no flanco anterior esquerdo pela parte frontal do veículo guiado pelo réu (...)."*

O recorrido, por sua vez, apresentou versão diametralmente oposta, atribuindo à recorrente a culpa pela ocorrência do sinistro.

Segundo ele, o acidente se deu da seguinte maneira:

> *"(...) a autora efetuou a manobra de conversão à esquerda de forma incorreta, pois, ao invés de se aproximar o máximo possível da linha divisória da pista (...) se aproximou do bordo direito da pista, dando passagem ao veículo conduzido pelo réu, e quando os dois veículos encontravam-se pareados, interceptou sua trajetória de forma abrupta, realizando manobra conhecida como 'fechada', conduta que caracteriza sua culpa pela ocorrência do evento danoso (...)."*

Como logo se percebe, o incidente de trânsito envolvendo os litigantes restou incontroverso nos autos, residindo a divergência sobre quem seria o responsável pela sua causação.

Esse questionamento, entretanto, não pode ser respondido com base tão somente nos elementos probatórios carreados ao processo.

Com efeito, o Relatório de Acidente de Trânsito confeccionado logo após o sinistro, nada dispôs sobre a responsabilidade pelo abalroamento, limitando-se à descrever o sinistro nos seguintes termos:

> *"Pela Rua Autonomista, no sentido sul/norte, trafegavam o V1 (Ford/ F350) e o V2 (Hyundai Santa Fé). O V2 ao realizar conversão à esquerda para adentrar na Rua Giocondo, ocorreu a colisão da frontal do V1no flanco anterior esquerdo do V2. (...) O investigador de Polícia Judiciária (Braz)informou que a perícia técnica não compareceria ao local"*

A imprecisão sobre a dinâmica do acidente foi confirmada pelos policiais que atenderam a ocorrência, pois, segundo eles, qualquer das versões apresentadas pelas partes pode representar a verdade.

Segundo afirmou o policial Charles Moisés Gonçalves Céspedes (f. 115/116):

> *"(...) que segundo as versões que foram dadas pelos condutores de ambos os veículos, o depoente não chegou a uma conclusão sobre a causa do acidente, uma vez que não ficaram vestígios no local; que segundo os dados lançados no croqui, a Autora já poderia estar fazendo a conversão, e o condutor da F350 veio a colidir nela; que também seria possível o condutor da F350 já estar fazendo a ultrapassagem sobre o veículo da Autora, Santa Fé, e ela veio a colidir nele (...)".*

Nesse mesmo sentido, o policial Paulo Henrique da Silva Leite declinou (f. 149/150):

> *"(...) que sobre o possível fator preponderante do acidente (...) o depoente atribui a 'falta de atenção' a ambos os condutores (...) que em razão da análise dos elementos constantes no local do acidente, e também pelo fato de o veículo da Requerente não ter permanecido no local da colisão, o depoente não tem condições de afirmar qual das versões dos envolvidos no acidente estaria correta, e portanto não tem condições de afirmar qual foi o responsável pelo acidente (...) que em vista dos danos materiais que estão lançados no boletim de ocorrência para cada um dos veículos, tais danos, na dinâmica do acidente, seriam compatíveis com qualquer uma das versões dos envolvidos (...)".*

Merece destaque, nesse ponto, que embora tenha sugerido no "Relatório de Acidente" que a "hipótese mais provável" para a ocorrência do sinistro teria sido a pequena distância com que o recorrido trafegava do veículo da recorrente, o fato é que os depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela elaboração do mencionado documento dizem, justamente, o contrário.

Ora, como visto, as testemunhas em questão são claras no sentido de que tanto a versão da recorrente, quanto a versão do recorrido são plausíveis e poderiam, em tese, ter ocorrido, sendo impossível afirmar o que realmente aconteceu naquela oportunidade.

Tal impasse não foi derruído pelos documentos juntados aos autos, tampouco pelos depoimentos prestados pelas demais testemunhas, que, inclusive, sequer presenciaram o sinistro, apenas tendo reportado versões lhe repassadas por terceiros.

Veja-se, portanto, que a prova dos autos não se mostrou suficiente a formar um juízo de valor acerca da culpa pelo evento, não se podendo concluir, de forma segura, qual das partes teria dado causa á colisão.

É bem verdade, vale dizer, que em se tratando de processo com deslinde de provas em teses contrárias, bem como divergências nos fatos narrados, compete ao julgador considerar os elementos mais compatíveis, lógicos e razoáveis com o conjunto probatório a fim de buscar a verdade objetiva contida nas provas.

Todavia, no caso, o conflito é de tal monta entre as provas que, após criteriosamente sopesados os pontos divergentes, não foi possível se chegar a uma conclusão segura sobre qual deve prevalecer.

Significa dizer, em outras palavras, que os elementos probantes carreados aos autos, mesmo após devidamente sopesados e criteriosamente analisados, não permitirem uma opção segura por uma das versões existentes e que se antagonizam entre si, o que conduz à improcedência dos pedidos iniciais.

Essa orientação, destaque-se, tem respaldo na maciça jurisprudência pátria, conforme se infere dos seguintes arestos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. As versões dos motoristas são antagônicas e se imputam mutuamente a culpa pelo acidente. Impossibilidade de firmar um juízo de certeza a respeito de qual dos veículos deu causa ao sinistro. APELAÇÃO IMPROVIDA.* (TJRS – Apelação Cível n.º 70069353159. Rel.: Bayard Ney de Freitas Barcellos. Décima Primeira Câmara Cível. Julg.: 31/08/2016)
>
> *"ACIDENTE DE TRÂNSITO - ÔNUS DA PROVA - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PROVA ORAL CONTRADITÓRIA - VERSÕES ANTAGÔNICAS DOS FATOS. Se a prova coligida aos autos não permite concluir qual das partes teria sido culpada pelo evento danoso, porquanto o Boletim de Ocorrência não registrou versão precisa dos fatos, à época do acidente não foi feita perícia, e a prova oral colhida é sobremaneira contraditória, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe".* (TJMG - Apelação Cível n.º 1.0220.12.001141-0/001. Rel.: Estevão Lucchesi. Décima quarta Câmara Cível. Julg.: 27/02/2014)
>
> *"APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE VEÍCULOS. VERSÕES ANTAGÔNICAS DAS PARTES. PROVAS CONFLITANTES QUE NÃO PERMITEM EXCLUSÃO DE UMA DELAS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. Em ação indenizatória oriunda de colisão de veículos em cruzamento dotado de semáforo, havendo versões conflitantes que não permitem a exclusão de uma delas, impõe-se julgamento de improcedência do pedido do autor".* (TJSP – Apelação Cível n.º 0015414-38.2009.8.26.0482. Rel.: Adilson de Araújo. Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado. Julg.: 16/10/2012)

Nesse mesmo sentido tem se posicionado esta Câmara Julgadora, segundo se extrai do excerto abaixo colacionado:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VERSÕES E PROVA TESTEMUNHAL CONFLITANTES ACERCA DA DINÂMICA DO ACIDENTE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS CAPAZES DE CONFIGURAR A CONDUTA CULPOSA PELA OCORRÊNCIA DO SINISTRO – RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO AUTOR – ANÁLISE PREJUDICADA.*
>
> *I- Se a versão das testemunhas para o evento são antagônicas e sequer o Boletim de Ocorrência auxilia no deslinde da questão, porque não é conclusivo acerca da culpa, nem traz a versão dos fatos de acordo com o relato dos envolvidos, não há como atribuir-se a culpa a um ou ao outro condutor ou apurar quem violou a regra de trânsito dando causa ao evento danoso.*
>
> *II - Portanto, considerando que o ônus da prova deve recair sobre cada uma das partes, nos termos do artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil e dele não se desincumbindo qualquer dos litigantes, é de rigor concluir pela improcedência dos pedidos iniciais.*

> *III - Face o desfecho proferido no julgamento do recurso de apelação da ré, resta prejudicada a análise do recurso de apelação do autor que visava majorar a verba indenizatória a título de dano moral fixada na origem, modificar o parâmetro de incidência dos juros moratórios, bem como fosse acolhido o pedido de pensionamento mensal vitalício.* (TJMS – Apelação Cível n.º 0818323-90.2012.8.12.0001. Rel.: Marco André Nogueira Hanson. Terceira Câmara Cível. Julg.: 16/02/2016)

Daí porque, sem maiores delongas, merece ser prestigiada a conclusão do magistrado singular, no sentido de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Ex positis, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Fernanda Lima da Silva.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.(2º vogal):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Marco André), após o Relator e o 2º Vogal negarem provimento ao recurso. Sust. Oral: Dra. Ana Maria Medeiros.

VOTO 18/10/2016

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.(1º vogal):

Pedi vista dos autos para melhor examinar as provas em cotejo com as teses invocadas pelos litigantes e, após criteriosa análise da controvérsia, restou possível concluir que a requerente logrou comprovar a culpabilidade exclusiva do requerido, ora apelado, no acidente em questão, razão pela qual, pedindo vênia ao e. Relator, hei por bem inaugurar divergência.

É o que passarei a demonstrar.

Mérito

Responsabilidade pelo evento danoso

Saliento, inicialmente, que o caso em questão, em meu sentir, não contempla hipótese em que se apresentaria possível reconhecer a dúvida fundada acerca de quem transgrediu a legislação de trânsito para, com isso, julgar improcedente o pedido inicial.

Referida solução, embora por mim adotada no julgamento da apelação cível nº 0818323-90.2012.8.12.0001, não se adequa ao caso em exame, visto que, nos presentes autos, subsistem provas suficientes evidenciando a culpa do requerido no evento danoso, tudo a tornar necessária a reforma da decisão hostilizada.

Como consabido, o Código de Processo Civil de 1973, incidente neste julgamento, estabelecia em seu art. 333, *in verbis*:

> *"Art. 333. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Neste norte, cabia à requerente, ora apelante, demonstrar que o acidente de trânsito em questão ocorreu por culpa do requerido, ora apelado, por ter transgredido normas de trânsito (fato constitutivo do direito à reparação), ao passo que ao demandado cabia evidenciar exatamente o contrário, isto é, que o acidente de trânsito ocorreu por culpa da demandante, por ter esta descumprido as normas de trânsito (fato impeditivo do direito à reparação).

Pelo exame das provas carreadas aos autos, restou possível concluir que a tese descrita na petição inicial está em conformidade com a verdade material, não havendo elemento de convicção apto a alterar a dinâmica descrita no próprio croqui lavrado com o Boletim de Ocorrência (BO).

Como se percebe da inicial (f. 02), a requerente narrou que, em 26.06.2013, às 17h20, deslocava-se pela rua Autonomista no sentido sul/norte quando, ao aproximar-se da intersecção com a rua Giocondo, sinalizou sua intenção de promover conversão à esquerda, para acessar referida rua, ocasião em que seu veículo (Hyundai Santa Fé) foi abalroado pelo automóvel do requerido (Ford F350 G), o qual deslocava-se atrás e, naquele instante, iniciou ultrapassagem em local indevido.

Em contestação (f. 46), por sua vez, o requerido sustentou tese diversa, atribuindo à requerente a culpa exclusiva pelo acidente, afirmando que esta teria efetuado "*manobra de conversão à esquerda de forma incorreta, pois, ao invés de se aproximar o máximo possível da linha divisória da pista, conforme estabelece o artigo 38, do Código de Trânsito Brasileiro, a autora se aproximou do bordo direito da pista, dando passagem ao veículo conduzido pelo réu, e quando os dois veículos encontravam-se pareados, interceptou sua trajetória de forma abrupta, realizando a manobra conhecida como 'fechada'*".

Em exame acurado do conjunto probatório, afigura-se possível concluir que a tese explicitada pelo requerido não possui qualquer amparo, ao passo que a versão da requerente, por sua vez, dispõe de inúmeros elementos de convicção aptos a sacramentar a verossimilhança do fato constitutivo do direito alegado.

O primeiro elemento a ser observado, a fim de apurar a culpabilidade pelo sinistro, consta do Boletim de Ocorrência (BO), onde esclarece que o evento ocorreu ao anoitecer, com chuva (f. 22-30).

Constou do BO, ainda, como possível fator preponderante, a falta de atenção e o fato de não se guardar distância de segurança.

Pela descrição do acidente (f. 22) e croqui lavrado pelos policiais (f. 27), afigura-se possível verificar que o veículo do requerido (Ford F350 G) efetivamente invadiu a contramão de direção, evidenciando manobra de ultrapassagem, em via pública com duplo sentido de direção e pista única, inclusive na proximidade da interseção das ruas Giocondo e Autonomista.

De fato, considerando-se que via em que se deslocavam os litigantes (rua Autonomista) não apresenta espaço físico suficiente para que, com distância de segurança, um Ford F350 G ultrapasse uma Hyundai Santa Fé sem invadir a pista contrária, afigura-se evidente que a transposição de um veículo por outro somente poderia dar-se por meio de ultrapassagem.

Tanto o é que constou da informação da via do logradouro (f. 23) que a pista é simples, com mão dupla de direção e sem acostamento.

Seguindo este raciocínio, e observadas as normas de trânsito, evidentemente que cabia ao requerido, ao visualizar a intenção da requerente de iniciar a conversão à esquerda, reduzir sua velocidade e aguardar a manobra de deslocamento lateral daquela para, somente então, seguir seu percurso pela mesma pista. Não poderia, a toda evidência, tentar antecipar-se àquele veículo que seguia em sua frente, por meio de ultrapassagem, porque tácita e expressamente proibido por lei.

É o que se extrai da prudente interpretação sistemática dos artigos 26, I, 29, II, IX, XI, "b", §2º, 33, 34 e 35, todos da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB), que estabelecem:

> *"Art. 26. Os usuários das vias terrestres devem:*
>
> *I - abster-se de todo ato que possa constituir perigo ou obstáculo para o trânsito de veículos, de pessoas ou de animais, ou ainda causar danos a propriedades públicas ou privadas;"*
>
> *"Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...)*
>
> *II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas; (...)*
>
> *IX - a ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda, obedecida a sinalização regulamentar e as demais normas estabelecidas neste Código, exceto quando o veículo a ser ultrapassado estiver sinalizando o propósito de entrar à esquerda; (...)*
>
> *XI - todo condutor ao efetuar a ultrapassagem deverá: (...)*
>
> *b) afastar-se do usuário ou usuários aos quais ultrapassa, de tal forma que deixe livre uma distância lateral de segurança; (...)*
>
> *§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.*
>
> *"Art. 33. Nas interseções e suas proximidades, o condutor não poderá efetuar ultrapassagem.*
>
> *"Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.*
>
> *"Art. 35. Antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção de seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço.*
>
> *Parágrafo único. Entende-se por deslocamento lateral a transposição de faixas, movimentos de conversão à direita, à esquerda e retornos."*

No caso, o acidente envolveu o veículo do requerido, do tipo caminhão (maior), com outro de categoria utilitário (menor), de propriedade da requerente, perspectiva esta que, nos termos do §2 º do art. 29 do CTB, exigia do demandado a responsabilidade pela segurança da requerente.

Ademais, considerando-se o horário do acidente (anoitecer) e as condições climáticas (chuva), evidentemente que era dever do veículo que seguia atrás guardar distância frontal e lateral do veículo da frente, visto que representava aquele que detinha melhor visão periférica de todo o ambiente (art. 29, II, do CTB), sob pena de, em não observando referida obrigação, colocar-se em situação que constitui perigo para o trânsito de veículos, causando danos a propriedades privadas (art. 26, I, do CTB).

No episódio, como visto, o requerido descumpriu referidos deveres legais de cuidado, porquanto se colocou a ultrapassar o veículo da requerente em uma intersecção de vias, o que também se apresenta vedado pelo art. 33 do CTB.

Por entender relevante, colho excerto do depoimento pessoal do requerido (f. 113), que bem evidencia o ocorrido:

> *"(...) que era dia chuvoso, já estava escuro, e o depoente havia acendido os faróis de seu veículo F350; que indagado sobre a dinâmica do acidente, o depoente não concorda com a descrição do acidente que foi feita pela autora; que o depoente seguia atrás do veículo da Autora; que ambos os veículos seguiam pela Avenida Autonomista, sendo que antes de se aproximar do cruzamento com a Rua Giocondo, a Autora posicionou seu carro à direita da pista, e sinalizou manobra à esquerda, porém se manteve parada; que no momento em que o depoente foi ultrapassar o veículo da Autora, mantendo-se o depoente em sua regular mão de direção, a Autora aguardou um veículo prata, que estava em sentido contrário, passar, e então fez manobra de conversão, porém, o veículo do depoente já estava à frente do veículo da Autora;"*

Ora, pelo exame do próprio depoimento do requerido, é possível verificar que ele detinha ciência inequívoca da intenção de a requerente promover a conversão à esquerda, visto que informou ter visualizado a sinalização indicativa (seta) e, mesmo assim, colocou-se a ultrapassar o veículo Santa Fé, a despeito de estar escuro, chuvoso, haver intersecção de vias perpendiculares, circunstância proibitiva da ultrapassagem, e, ainda, de ser o responsável pelo veículo menor que o sucedia.

É evidente, então, o descumprimento de diversas normas de trânsito pelo requerido, a evidenciar sua culpa pelo acidente de trânsito.

Não subsiste, é bom frisar, no Código de Trânsito Brasileiro, autorização para ultrapassagem pela direita em intersecção de vias, ainda que o veículo que esteja na frente se coloque ao bordo direito da pista.

A propósito disso, dispõem os incisos IX, X e XI do artigo 29 do CTB:

> *"Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...)*
>
> *IX - a ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda, obedecida a sinalização regulamentar e as demais normas estabelecidas neste Código, exceto quando o veículo a ser ultrapassado estiver sinalizando o propósito de entrar à esquerda;*
>
> *"X - todo condutor deverá, antes de efetuar uma ultrapassagem, certificar-se de que:*
>
> *a) nenhum condutor que venha atrás haja começado uma manobra para ultrapassá-lo;*
>
> *b) quem o precede na mesma faixa de trânsito não haja indicado o propósito de ultrapassar um terceiro;*
>
> *c) a faixa de trânsito que vai tomar esteja livre numa extensão suficiente para que sua manobra não ponha em perigo ou obstrua o trânsito que venha em sentido contrário;*
>
> *XI - todo condutor ao efetuar a ultrapassagem deverá:*
>
> *a) indicar com antecedência a manobra pretendida, acionando a luz indicadora de direção do veículo ou por meio de gesto convencional de braço;*

> *b) afastar-se do usuário ou usuários aos quais ultrapassa, de tal forma que deixe livre uma distância lateral de segurança;*
>
> *c) retomar, após a efetivação da manobra, a faixa de trânsito de origem, acionando a luz indicadora de direção do veículo ou fazendo gesto convencional de braço, adotando os cuidados necessários para não pôr em perigo ou obstruir o trânsito dos veículos que ultrapassou;"*

Pela dicção do art. 29, IX, do CTB, afigura-se possível concluir que, quando o veículo a ser ultrapassado estiver sinalizando o propósito de entrar à esquerda, cabe àquele que o precede promover a ultrapassagem pela direita.

No caso, o requerido tentou promover a ultrapassagem pela esquerda, mesmo ciente de que a requerente detinha intenção de converter seu veículo para a esquerda.

Ademais, a despeito de a ultrapassagem pela esquerda ser a regra ordinária, conforme primeira parte do art. 29, IX, do CTB, referido dispositivo impõe a observância das demais normas do Código, inserindo-se neste contexto a previsão do art. 33 do CTB (*Nas interseções e suas proximidades, o condutor não poderá efetuar ultrapassagem*).

Nesta ótica, seja porque lhe cabia a ultrapassagem pela direita, seja porque não poderia promover tal manobra pela esquerda na intersecção da Rua Giocondo com a Rua Autonomista, é de rigor concluir que o requerido descumpriu referidas normas de trânsito.

É bem por isso, a propósito, que não se pode acolher a versão do requerido, de que a requerente teria lhe "dado passagem" ao posicionar-se no bordo direito da pista, visto que, para manter uma distância de segurança em eventual ultrapassagem, como impõe o art. 29, inciso XI, alínea b, do CTB, haveria de promover uma ultrapassagem pela pista contrária, o que seria vedado pelo art. 33 do CTB.

É de se concluir, então, que, naquela localidade (intersecção de vias), dadas as circunstâncias físicas da via (rua estreita), em caso de o veículo da frente sinalizar a intenção de promover a conversão, seja para a direita ou para a esquerda, cabe ao veículo de trás aguardar a manobra de deslocamento lateral daquele outro veículo para, somente então, seguir seu percurso pela mesma pista.

Logo, afigura-se completamente irrelevante para a definição da responsabilidade pelo sinistro, o fato de a requerente ter se posicionado no bordo direito ou esquerdo da pista, visto que era dever do requerido, em qualquer das hipóteses, promover a frenagem de seu veículo, guardando distância de segurança do automóvel da requerente. Somente depois do integral deslocamento lateral por parte do veículo da frente poderia o requerido seguir seu percurso.

Assim, por todos os ângulos que se visualize a questão, é de se concluir que a requerente logrou comprovar o descumprimento das normas legais de trânsito pelo requerido (cumprimento do ônus de evidenciar o fato constitutivo do direito reclamado na inicial), fazendo erigir a responsabilidade civil deste pelo sinistro.

Por outro lado, o eventual descumprimento da norma legal pela requerente, no sentido de não ter se posicionado no bordo esquerdo da pista, quando pretendia convergir à esquerda, além de não ter sido comprovado pelo requerido (descumprimento do ônus de demonstrar fato impeditivo do direito da autora), apresentar-se-ía irrelevante para fins de verificação da responsabilidade civil, visto que era do demandado o dever de cuidado e de prevenção (aguardar o deslocamento lateral pela requerente para, somente depois, seguir em frente), sendo ele o causador do dano por ter ultrapassado em cruzamento de vias.

A propósito, confirmando as informações constantes do Boletim de Ocorrência, o depoimento do Policial Militar, Sr. Charles Moisés Gonçalves Céspedes corrobora com esta conclusão (f. 115):

> *"(...) que segundo os dados lançados no croqui, a Autora já poderia estar fazendo a conversão, e o condutor da F350 'veio a colidir nela'; que também seria possível o condutor da F350 já estar fazendo a ultrapassagem sobre o veículo da Autora, Santa Fé, e ela vir a colidir nele; que em vista dos danos verificados em ambos os veículos, que estão apontados no croqui de fls. 24/25, ou seja, vértice posterior e lateral esquerda do veículo da Autora, e vértice anterior direita e flanco anterior direito, o depoente tem que a hipótese mais provável seria de que 'a Autora já teria iniciado a conversão e o Requerido ter feito a ultrapassagem'; que no entendimento do depoente também haveria conduta desfavorável do Requerido, por ter realizado ultrapassagem em cruzamento; (...) que no local dos fatos, Rua Autonomista, no horário próximo de 18:00 horas, o fluxo de veículos é mais intenso naquela via; que indagado sobre quais fatores levaram o depoente a assinalar que o veículo 1 não teria guardado a distância de segurança quando do acidente, conforme anotação de fls. 22, e início de depoimento prestado nesta audiência, o depoente informa que tal observação levou em conta os danos apresentados em ambos os veículos, parte anterior da F350 com a parte posterior do veículo Santa Fé; que indagado se a retirada do veículo da Autora do local do acidente prejudicou o trabalho dos policiais, o depoente responder que tal retirada não foi prejudicial, sendo que o fator mais desfavorável a uma conclusão se deve ao fator meteorológico, ou seja, a chuva, que não deixa vestígios na posta; (...)"*

Pelo teor do depoimento, percebe-se claramente que o fator preponderante para a ocorrência do acidente foi o fato de o requerido não ter guardado distância de segurança em relação ao veículo da frente, perspectiva que confirma todo o quanto deliberado acima.

Saliente-se, ainda, que da leitura do depoimento resta possível observar claramente que o fato de a requerente ter retirado seu veículo do lugar em nada prejudicou a lavratura do boletim de ocorrência e a conclusão do policial militar.

A propósito do reconhecimento da culpa exclusiva daquele que inicia ultrapassagem em cruzamento de vias, este Tribunal possui dois precedentes. Veja-se:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS, ESTÉTICOS E LUCROS CESSANTES - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ULTRAPASSAGEM REALIZADA EM LOCAL PROIBIDO - CRUZAMENTO DE VIAS - ART. 33 DO CTB - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Não era permitido ao condutor iniciar manobra de ultrapassagem em cruzamento de vias, conforme disposto no artigo 33 do CTB."* (TJMS; Autos nº 0021956-45.2012.8.12.0001; Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/06/2016; Data de registro: 27/06/2016)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS - CDC, ART. 14 - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSA O ÓBITO DA FILHA DOS APELANTES - TENTATIVA DA MOTOCICLISTA DE ULTRAPASSAGEM EM CRUZAMENTO DE VIAS - MANOBRA PROIBIDA - CTB, ART. 33 - IRRELEVÂNCIA DA INDICAÇÃO PELO MOTORISTA DO CAMINHÃO DA CONVERSÃO - TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO - AUSÊNCIA DE LIAME CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO SUPORTADO PELA VÍTIMA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - NÃO PROVIDA. O ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao nexo causal, adotou a teoria do dano direto e*

> *imediato, ou teoria da causalidade imediata, pela qual é preciso que exista entre a ação ou omissão e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata. No caso em apreço, o prejuízo causado aos apelantes (pais da vítima) originou-se da conduta da própria vítima, que tentou ultrapassar o caminhão conduzido pelo preposto da primeira apelada no cruzamento das ruas Paranaíba e Rio Grande do Sul, ignorando a regra do artigo 33 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo a qual "nas interseções e suas proximidades, o condutor não poderá efetuar ultrapassagem". Destarte, ainda que ficasse suficientemente demonstrado - o que não ocorreu - que o motorista do caminhão não sinalizou a manobra que iria realizar, isso não seria bastante para ilidir a culpa da vítima, sobretudo porque a vedação legal da ultrapassagem em interseções, por força da presunção absoluta de conhecimento da lei (LINDB, art. 3º), torna irrelevante a existência de sinalização no cruzamento - aliás, tal sinalização, na via urbana, sequer existe comumente. Portanto, ausente o liame causal entre a manobra realizada pelo motorista do caminhão e os danos sofridos pelos apelantes com a morte da filha, fica afastada a responsabilidade das apeladas, mormente porque, no direito brasileiro, não é admitida a teoria do risco integral."* (TJMS; Autos nº 0800271-37.2014.8.12.0046; Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Chapadão do Sul; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 22/11/2014)

No primeiro precedente, a culpa foi atribuída exclusivamente àquele que iniciou ultrapassagem em intersecção de vias, tendo sido considerado "*irrelevante a alegação de o apelado ter ou não indicado a conversão desejada*".

No segundo precedente colacionado, restou consignado que "*ainda que ficasse suficientemente demonstrado - o que não ocorreu - que o motorista do caminhão não sinalizou a manobra que iria realizar, isso não seria bastante para ilidir a culpa da vítima, sobretudo porque a vedação legal da ultrapassagem em interseções, por força da presunção absoluta de conhecimento da lei (LINDB, art. 3º2), torna irrelevante a existência de sinalização no cruzamento*".

Se a responsabilidade pelos danos daquele que ultrapassa é exclusiva quando o veículo da frente não indica a intenção de convergir à esquerda, com maior razão haverá de ser reconhecida a responsabilidade o requerido, visto que ele mesmo informa que visualizou o acionamento da seta indicativa do interesse de a requerente converter à esquerda.

Logo, impõe-se concluir, de acordo com outro precedente deste Tribunal, que *"quem provoca acidente ao realizar manobra de ultrapassagem em local não permitido responde exclusivamente pelos danos causados*" (TJMS; Apelação Cível nº 2012.004219-1/0000-00; Segunda Câmara Cível; Relator Des. Julizar Barbosa Trindade; Julgamento 27.3.2012)

Logo, uma vez comprovado o ato contrário à Lei (descumprimento de inúmeras normas de trânsito, inclusive ultrapassagem em local não permitido), praticado pelo requerido, e o nexo de causalidade deste com os prejuízos alegados pela requerente, impõe-se verificar apenas se a requerente logrou igualmente evidenciar, por meio de provas robustas, a existência de danos morais e materiais, a fim de sacramentar uma tutela condenatória.

Indenização por danos materiais

Conforme alegações da requerente em sua inicial, ela "*visa a recomposição de seu patrimônio, naquilo que efetivamente perdeu, isso é, o valor despendido para o conserto do veículo*".

Concluiu, então, que "*não teve alternativa senão arcar com as custas do reparo de seu veículo, fazendo jus, obviamente, ao reembolso do valor dispendido, no montante de R$ 6.300,00 (seis mil trezentos reais). Para tanto, colaciona a nota fiscal discriminativa do dano, prova material do dano emergente*".

De fato, conforme dispõe o art. 944 do CC/2002, "*A indenização mede-se pela extensão do dano*".

No caso, em decorrência (nexo causal) do ato ilícito do requerido (ultrapassagem em local proibido) a requerente logrou demonstrar o prejuízo material com o conserto de seu veículo Santa Fé, conforme faz prova a nota fiscal de f. 34, onde se evidencia o dispêndio de R$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais) pelos serviços de "funilaria/micro pintura" na data de 30.07.2013.

Tendo em vista que o acidente ocorreu em 26/06/2013, afigura-se evidente a relação de causa e efeito entre o sinistro e o conserto do veículo em questão.

Até porque, a testemunha José Clóvis de Carvalho informou (f. 142) "*trabalha na empresa Centro Automotivo Intermoon, que foi a responsável pela recuperação do veículo da autora, sendo que o depoente tem atuação na área de funilaria daquela empresa; que o depoente se lembra da pessoa da autora Fernanda Lima da Silva (...)*".

Nesta senda, tenho que a requerente logrou demonstrar o prejuízo material advindo do acidente de trânsito, na ordem de R$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), o que permite reconhecer o dever de o requerido reparar o dano, na forma do art. 927[1] c/c art. 186[2] do CC/2002.

Referido valor deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV, por ser o índice que melhor reflete a recomposição advinda da perda inflacionária, isto desde o desembolso (evento danoso), a fim de manter o valor de compra do montante gasto.

Ademais, tratando-se de responsabilidade extracontratual, incidirão sobre o valor dos danos materiais acima referido, os juros de mora de 1% ao mês, desde o acidente (evento danoso), ocorrido em 26.06.2013, na forma da Súmula nº 54[3] do STJ.

Indenização por danos morais

Em sequência, na petição inicial, "*A autora pretende ainda a indenização pelo abalo moral sofrido em decorrência do acidente em comento que lesionou sua integridade física*".

Afirmou que "*teve violada a sua integridade física, como faz prova o exame médico, cuja análise clínica concluiu pela CID-10 - Classificação Internacional de Doenças nº S 33.5 - entorse e distensão da coluna lombar; bem como o registro da própria ocorrência, ao informar que do acidente resultou 01 (uma) vítima ferida, a autora. Com efeito, em razão das lesões sofridas, a agente da Polícia Militar responsável, teve por bem, registrar a aparência/estado da autora como lesionado*".

Realçou que "*é mãe de duas meninas, que contavam com a idade de 4 e 1 anos por ocasião do acidente, necessitando de ajuda, especialmente em razão da menor, haja vista que restou proibida de carregá-la nos braços para evitar sobrecarga na estrutura vertebral*".

Tenho que a pretensão deve ser acolhida.

Como ressabido, por representar dano *in re ipsa*, resta prescindível a efetiva comprovação do prejuízo moral advindo do acidente de trânsito, sendo suficiente a comprovação do evento, porque o prejuízo é imanente à própria existência do fato.

1 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

2 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.

3 "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual." (Súmula 54, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/09/1992, DJ 01/10/1992, p. 16801)

Ainda que assim não fosse, das provas colhidas infere-se que o sinistro causou à requerente tanto danos físicos quanto psíquicos.

No que tange aos danos físicos, percebe-se dos documentos de f. 31-33 que ela ficou afastada do trabalho por vários dias, inclusive com prescrição médica para se abster de atividades que necessitassem de força física, tudo para evitar sobrepeso na coluna lombar.

Por evidente, referidas consequências do acidente causam prejuízos que superam o mero dissabor, ordinário da vida em sociedade, mormente quando a vítima do sinistro é obrigada a deixar de atender sua prole, inclusive sua filha bebê, por conta das lesões.

A propósito, constou do depoimento da testemunha Roseli Dronov de Souza Milani (f. 117-118), *in verbis*:

> *"(...) que a trabalha como corretora de imóveis, e foi apresentada à pessoa da Autora Fernanda por uma amiga da depoente, uma vez que a Autora estava pretendendo adquirir um imóvel; (...) que a depoente, em razão de sua atividade profissional, fazia muitas visitas para a Requerente, com a finalidade de irem até imóveis que seriam comercializados, em uma das visitas ficou sabendo do acidente; que a Requerente disse para a depoente que não poderia mais visitar imóveis, naquele momento, em razão do acidente, e pelo fato de estar 'imobilizada'; que a depoente esteve na casa da Autora e avistou Fernanda com um aparelho de imobilização no pescoço; que a depoente acredita que Fernanda ficou um mês imobilizada, em razão do pedido que ela fez de prorrogar as visitas para depois. (...) que a depoente sabe que Fernanda tem um marido, que é americano, e que estava fora do país, e também tinha duas filhas, sendo que uma era bebê, quando faziam as visitas a imóveis. (...)"*

Como se percebe, a testemunha ouvida sob compromisso de dizer a verdade corrobora os prejuízos físicos e psíquicos advindos do acidente, confirmando que a requerente detinha uma filha bebê e que ficou imobilizada por algum período de tempo, cuja perspectiva torna possível o reconhecimento da existência dos danos morais.

Não se pode negar, a propósito, que a impossibilidade do pleno atendimento da prole pela genitora, quando em estágio inicial de vida, causa transtornos psicológicos que superam o que se entende por trivial, causando verdadeiros prejuízos morais passíveis de reparação.

Logo, subsistindo o ato ilícito e o nexo de causalidade entre este e o dano moral decorrente, impõe-se o reconhecimento do dever de reparar.

Quantum do dano moral

Como ressabido, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos certos e bem delineados para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo, citando Carlos Roberto Gonçalves, faz o seguinte balizamento:

> *"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'".* (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

Seguindo tais linhas, a quantificação deve considerar os critérios 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 do ofensor e, por outro lado, o enriquecimento sem causa do ofendido.

Em verdade, não se trata de tarifar de forma pecuniária o sentimento íntimo da pessoa lesada. Tal seria impensável e até mesmo amoral. Todavia, a prestação pecuniária se presta a amenizar a dor experimentada em decorrência do ato ilícito reprovavelmente praticado.

Embora a vantagem pecuniária a ser aferida não fará com que se retorne ao '*status quo ante*' — situação essa ideal, porém impossível — proporcionará uma compensação, parcial e indireta, pelos males sofridos.

Por esse enfoque, deve-se ter em mente que a indenização deve ser em valor tal que garanta à parte credora uma reparação (se possível) pela lesão experimentada, bem como implique, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile.

Nesta linha, a condição econômica das partes, a repercussão do fato, assim como a conduta do agente devem ser perquiridos para a justa fixação do valor indenizatório, no intuito de evitar o enriquecimento injustificado da parte autora e aplicação de pena exacerbada à demandada.

Neste passo, na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Assim, o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Fixadas estas balizas, passo a considera-las no presente caso.

Condição econômico-social das partes: o requerido se consubstancia pessoa natural de considerável poderio econômico, tanto que detinha veículo de valor econômico considerável quando da ocorrência do sinistro (Ford F350 G, ano 2011); a requerente, por seu turno, também possui condição econômico-financeira confortável, já que estava a dirigir veículo de valor igualmente considerável (Hyundai Santa Fé, ano 2008).

Extensão do dano e intensidade de sofrimento da vítima: a requerente sofreu trauma na coluna lombar (f. 31-33), tendo ficado afastada do trabalho em decorrência do acidente e sem poder, em plenitude, atender sua filha bebê. Percebe-se, portanto, que as consequências psicológicas advindas do acidente foram consideráveis.

Intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor: pelo quanto deliberado nos autos, pode-se inferir que o requerido não tomou as cautelas necessárias para evitar o sinistro e, mesmo após o acidente, e detentor de seguro, não procurou minimizar os prejuízos do evento danoso. Tais aspectos demonstram culpa grave, circunstância esta que deve ser debitada na hora na fixação do valor da indenização.

Gravidade e a repercussão da ofensa: cabe notar que a autora sofreu trauma físico e psicológico, que sobreleva o grau de intensidade da gravidade da ofensa.

Sopesadas todas estas peculiaridades, tenho que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mostra-se adequado ao caso, especialmente para minorar as consequências danosas do acidente. Tal quantia, em meu sentir, não se mostra excessiva, mas sim consentânea e proporcional com as peculiaridades da causa.

Referido valor deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV, por ser o índice que melhor reflete a recomposição advinda da perda inflacionária, isto desde o arbitramento (Súmula nº 362[4] do STJ)

Ademais, tratando-se de responsabilidade extracontratual, incidirão sobre o valor dos danos morais os juros de mora de 1% ao mês, desde o acidente (evento danoso), ocorrido em 26.06.2013, na forma da Súmula nº 54[5] do STJ.

Ônus sucumbenciais

Em razão do provimento do recurso, com a completa reforma da sentença, impõe-se inverter dos ônus sucumbenciais, promovendo-se um novo arbitramento dos honorários advocatícios, agora na forma do art. 20, § 3º, do CPC/73, tendo em vista a existência de condenação.

Nesta senda, considerando-se o grau de zelo do profissional (foi diligente durante todo o trâmite da ação, tendo realizado audiências e, inclusive, sustentação oral quando do julgamento da apelação); o lugar de prestação do serviço (requerente e procuradoras residentes da Capital); a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (trabalho de relativa complexidade para demonstração dos fatos, tendo transcorrido desde o ajuizamento da ação, em 07.11.2013 até o julgamento da apelação, aproximadamente três anos); hei por bem arbitrar os honorários sucumbenciais na ordem de 15% do valor atualizado da condenação, os quais deverão ser arcados, juntamente com as despesas processuais, pelo requerido.

Dispositivo

Pelo exposto, renovando o pedido de vênia ao e. Relator, hei por bem divergir de seu entendimento para conhecer do recurso de apelação interposto por Fernanda Lima da Silva e lhe dar provimento a fim de, em reformando integralmente a sentença proferida na origem, julgar procedentes os pedidos iniciais realizados na inicial desta Ação de Reparação de Danos ajuizada em face de Olmiro Vargas Biberg Júnior, para o fim de condená-lo ao pagamento, em favor da requerente, das seguintes obrigações:

I. indenização por danos materiais, no valor de R$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), cujo montante deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV desde o desembolso, em 03.10.2013, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde o acidente, ocorrido em 26.06.2013;

II. indenização por danos morais, no valor arbitrado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), cujo montante deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV desde o arbitramento, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde o acidente, ocorrido em 26.06.2013.

Em razão desde desiderato, inverto os ônus sucumbenciais e condeno o requerido, ora apelado, no pagamento das custas e demais despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos em favor das procuradoras da parte requerente, os quais arbitro em 15% do valor atualizado da condenação com lastro no art. 20, §3º, do CPC/73.

4 "A correcao monetaria do valor da indenizacao do dano moral incide desde a data do arbitramento."(Súmula 362, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008)

5 "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual." (Súmula 54, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/09/1992, DJ 01/10/1992, p. 16801)

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal, que lhe dava provimento. Na forma do artigo 942 do CPC, fica adiada a conclusão do julgamento, em face da necessidade de convocação de novos membros.

VOTO 08/11/2016

Membros convocados na forma do Artigo 942 do C.P.C.

O Sr. Des. Nélio Stábile.(3º vogal):

Acompanho o 1º vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(4º vogal):

Acompanho o 1º vogal**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o Relator e 2º Vogal, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal e de acordo com o artigo 942 do CPC.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 08 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0000486-54.2010.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO RETIDO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – RECLAMO AFORADO PELA REQUERIDA-APELANTE – NÃO REITERAÇÃO DE ANÁLISE NAS RAZÕES DO APELO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não comporta conhecimento o agravo retido não reiterado nas razões e/ou contrarrazões da apelação (art. 523, § 1°, do CPC/73).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – INCÊNDIO EM IMÓVEL RURAL OCASIONADO POR LOCOMOTIVA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – NO MÉRITO – DEVER DE INDENIZAR – PRESENÇA DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE – DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – COMPROVADOS POR LAUDO PERICIAL NÃO CONTESTADO – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva, quando demonstrado nos autos que a requerida efetua o controle acionário da empresa proprietária do trem, sendo sua controladora, o que demonstra que as sociedades-empresárias pertencem ao mesmo grupo econômico, importando inequívoca comunhão de interesses.

Havendo comprovação nos autos, através de prova documental, da conduta e da culpa da requerida, bem como do nexo de causalidade entre o evento danoso e os prejuízos alegados, deve ser mantida a obrigação de indenizar.

Demonstrados os danos materiais sofridos e os lucros cessantes obtidos em virtude do incêndio, por meio de laudo pericial (não contestado), não há que se falar em inexistência de prova a respeito do valor da indenização.

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, não conhecer do agravo retido, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

América Latina Logística do Brasil S.A.(ALL), nestes autos de reparação de danos materiais ajuizado por Edelner Poletto e Ana Maria Sorrentino Poletto, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz: preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a locomotiva que supostamente teria iniciado o incêndio pertence à empresa Ferrovias Novoeste S/A, conforme documentos acostados à defesa, havendo, ainda, uma nítida confusão entre incorporação e controle acionário entre empresas; o magistrado singular entendeu, com base nos depoimentos testemunhais, que o incêndio teria sido ocasionado pelas faíscas havidas entre a locomotiva e os trilhos existentes na área que delimita a propriedade dos recorridos. No entanto, quando analisado o ponto inicial do fogo, percebe-se que linha férrea encontra-se distante do imóvel rural daqueles, existindo, outrossim, uma estrada não pavimentada entre a fazenda e a área reservada aos trilhos, o que é limite natural para a não propagação da queimada; o perito judicial foi claro ao expor que era praticamente remota a possibilidade do incêndio ter sido motivada por faíscas oriundas da locomotiva, devendo-se considerar, de outro vértice, uma enorme chance deste ter sido atribuído por fator humano; ainda que seja considerada a probabilidade do incêndio ter sido ocasionado pela locomotiva, a propriedade vizinha nada sofreu com as supostas faíscas, mesmo encontrando-se mais vulnerável; inexistindo nexo de causalidade, a obrigação de indenizar restou esvaída, uma vez que amplamente demonstrada a ausência de culpa; a condenação ao pagamento de lucros cessantes e danos materiais mostra-se indevida, uma vez que não restou comprovado o lucro que os apelados deixaram de ter, bem como os valores gastos para readequar a área após a queimada; com o provimento do recurso, espera pela inversão do ônus de sucumbência.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do apelo.

Contrarrazões às páginas 864-872.

Depoimentos testemunhais degravados às páginas 881-893, sendo que o recorrente deu ciência às páginas 896 e os recorridos quedaram-se inertes (p. 897).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por América Latina Logística do Brasil S.A.(ALL), nestes autos de reparação de danos materiais ajuizado por Edelner Poletto e Ana Maria Sorrentino Poletto.

Por ordem de prejudicialidade, aprecio inicialmente o agravo retido apensado ao feito, e, após, se for o caso, às razões do apelo.

Do Agravo Retido

A empresa-agravante inconformada com a decisão de páginas 194-195, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva para responder a ação, interpôs um agravo de instrumento visando modificar aquele posicionamento.

Após a distribuição do recurso, o Des. Luiz Carlos Santini proferiu entendimento de que não era cabível o reclamo em questão, convertendo-o em agravo retido; encontrando-se o mesmo apensado ao recurso de apelação.

Entrementes, não se percebe das razões do apelo que a requerida tenha pleiteado, expressamente, a necessidade de analisar este agravo retido; assim, a apreciação deste reclamo deve ser afastada.

Diante do exposto, com fundamento no art. 523, § 1º, do CPC/73, não conheço deste recurso.

Da Apelação Cível

Da preliminar de ilegitimidade passiva

A empresa-apelante sustenta que é parte ilegítima para figurar na lide, uma vez que a locomotiva que supostamente teria iniciado o incêndio pertence à empresa Ferrovias Novoeste S/A, conforme documentos acostados à defesa, havendo, ainda, uma nítida confusão entre incorporação e controle acionário entre empresas.

Com efeito, aplicando-se as normas de direito administrativo, por se estar diante de concessionárias prestadoras de serviço público de transporte ferroviário, deve-se reconhecer a legitimidade passiva da apelante de figurar no polo passivo da lide, tendo em vista a teoria do risco.

Isso porque, a partir do momento em que a apelante (controladora) adquiriu a empresa Ferrovias Novoeste S/A (controlada) nada mais fez do que ampliar a sua malha de ferrovia e, muito embora esta última tenha personalidade distinta, é induvidosa a comunhão de interesses e a assunção de riscos pela primeira.

Deve-se ter em mente que não se está diante só de uma sociedade anônima, regida pela Lei nº. 6.404/1976, mas de uma concessionária que assumiu a prestação do transporte ferroviário no país, de modo que continua responsável pela exploração desse serviço público, ainda que se valha de outras empresas para tanto, que são as suas controladas.

Parece-me também que os interesses da empresa controlada se confundem com os da empresa controladora, revelando comunhão de interesses que permite que a empresa controladora possa figurar no polo passivo da relação processual.

Nesses moldes, evidente a responsabilidade da concessionária controladora pelos riscos decorrentes da prestação da atividade ferroviária.

Por oportuno:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE EM FERROVIA – SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO– CONCESSIONÁRIA CONTROLADORA– LEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO: I) Em demanda motivada por acidente ocorrido em ferrovia, possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda a concessionária controladora, em razão da Teoria do Risco– Ao ampliar a sua malha ferroviária, ainda que se valha de outra empresa para a exploração da atividade, é induvidosa a comunhão de interesses e a assunção de riscos – Legitimidade passiva da controladora mantida.II) Recurso parcialmente provido."* (TJMS, AI de n. 1406925-95.2015.8.12.0000, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Aparecida do Taboado; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/11/2015; Data de registro: 20/11/2015)

> *"APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE ENVOLVENDO VEÍCULO DE PASSEIO E LOCOMOTIVA - ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA - REFUTADA - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL (LUCRO CESSANTE) OU PENSIONAMENTO - POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA - MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL."* (TJMS, AC de n. 0002832-18.2008.8.12.0001, Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/09/2009; Data de registro: 30/09/2009)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE VEÍCULO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. EMPRESA QUE DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO DA PROPRIETÁRIA DO TREM. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. INEQUÍVOCA COMUNHÃO DE INTERESSES. (...) O fato de a agravante ostentar personalidade jurídica distinta da proprietária do trem, por si só, não tem o condão de afastar sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide. Isso porque ela adquiriu o controle acionário da empresa-concessionária, o que demonstra que as sociedades empresárias pertencem ao mesmo grupo econômico, importando inequívoca comunhão de interesses. (...)"* (TJSP. AI 2214837-57.2014.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; julgamento: 09/03/2015).

Portanto, conclui-se que a recorrente gerencia e opera seus trens na ferrovia onde ocorreu o evento danoso, sendo parte legítima para figurar nesta demanda, motivo pelo qual rejeito essa preliminar.

No mérito

Do dever de indenizar e da prova dos danos

A empresa-apelante afirma que o magistrado singular entendeu, com base nos depoimentos testemunhais, que o incêndio teria sido ocasionado pelas faíscas havidas entre a locomotiva e os trilhos existentes na área que delimita a propriedade dos recorridos. No entanto, quando analisado o ponto inicial do fogo, percebe-se que linha férrea encontra-se distante do imóvel rural daqueles, existindo, outrossim, uma estrada não pavimentada entre a fazenda e a área reservada aos trilhos, o que é limite natural para a não propagação da queimada.

Assevera que o perito judicial foi claro ao expor que era praticamente remota a possibilidade do incêndio ter sido motivada por faíscas oriundas da locomotiva, devendo-se considerar, de outro vértice, uma enorme chance deste ter sido atribuído por fator humano.

Aduz que, ainda que seja considerada a probabilidade do incêndio ter sido ocasionado pela locomotiva, a propriedade vizinha nada sofreu com as supostas faíscas, mesmo encontrando-se mais vulnerável.

Por fim, sustenta que inexistindo nexo de causalidade, a obrigação de indenizar restou esvaída, uma vez que amplamente demonstrada a ausência de culpa.

Com efeito, nos termos do artigo 927, do Código Civil, *"aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

Ainda, pela redação do artigo 186, do CC, *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

Portanto, para a reparação civil por danos são imprescindíveis os seguintes requisitos: conduta lesiva, dolo ou culpa, dano material e/ou moral e nexo causal entre o evento lesivo e os prejuízos alegados. Também é certo que, nos casos de danos patrimoniais, a sua verificação depende de prova, não sendo admitido postular baseado somente em hipóteses.

No caso vertente, observa-se do laudo pericial de páginas 584-629, que os peritos judiciais concluíram que:

> *"4.2) das análises e cálculos devidamente demonstrados no item "III", temos que a probabilidade de que o incêndio ocorrido em 22 de agosto de 2007 no imóvel da parte requerente tenha sido originado em decorrência direta da passagem de composição*

férrea da parte requerida (pelo atrito com os trilhos, frenagem ou eventual fagulha emitida pelo motor), é extremamente remota. A hipótese mais provável para o início do fogo em questão, seria ação humana (pela deposição de ponta de cigarro acesa, lixo, ou mesmo, intencional). Essa ação poderia ter partido de algum ocupante do trem que passou pelo local naquele dia, ou por algum outro transeunte ou motorista de veículos menores que eventualmente passaram pela estrada vicinal não pavimentada, localizada entre o leite da ferrovia e o imóvel em questão. Dessa forma, não há meio técnicos, no âmbito desta Perícia, de se apontar o agente causador para o início do incêndio ocorrido em 22 de agosto de 2007;"

Pois bem, embora o laudo pericial não tenha afirmado qual era o agente causador para o incêndio em questão e indicado que a maior probabilidade da queimada tenha sido originada por ação humana e, não pela simples passagem das ferrovias da apelante, tenho que a condenação deve ser mantida.

Isso porque, como exposto no laudo pericial, há uma probabilidade que o fogo tenha sido iniciado por ação humana, mas os expertos não descartaram a hipótese de que uma das locomotivas da apelante pudessem ter ocasionado o incêndio, seja pelos atritos com o trilho, frenagem, eventual fagulha do motor.

Ademais, no dia do evento, houve uma locomotiva (D50) da apelante que trafegou no local, conforme se pode constatar do item 3.3.2 (p. 591).

É certo, outrossim, que os depoimentos testemunhais de páginas 881-893, são conclusivos no sentido de que foi um trem da apelante que originou a queimada na propriedade dos apelados. Confira-se:

"Manoel Cazuza de Andrade

Juiz: Manoel Cazuza de Andrade. É o processo que a, (Ininteligível) Poleto e a Ana Maria Florentino Poleto estão movendo em relação a América Latina Logística do Brasil.

Depoente: Uhum.(...)

Juiz: O senhor vai ser testemunha, tem que falar a verdade para não cometer crime de falso testemunho. Está bom.

Depoente: Certo. Não, não com certeza, pode...

Juiz: O que é que o senhor sabe sobre esse fato?

Depoente: Lá, lá foi o seguinte Doutor, eu, a gente fechava ali era para trabalhar naquele trecho e a gente morava em uma casa nessa fazenda, mas se eu falar para o senhor que eu conheço o fazendeiro, eu não conheço. O senhor está entendendo? Aí foi assim, esse trem vinha e pediu permissão se podia passar porque ele estava muito pesado, esse rapaz da máquina. Eu falei: "Não, pode passar. Nós já tiramos as máquinas caminhão da linha. Está livre, você pode vir". Isso era umas 4h30min, 5h00min da tarde, está entendendo? Aí veio essa máquina, era uma subidona assim para chegar em Aparecida do Taboado, uma subida assim, meio comprida e ele foi. E nós ali esperando. Esperando os vagão passar e era máquina lá em cima soltando aquela fumaça preta, sabe? E no meio daquela, nós notamos no meio daquela fumaça aquelas faíscas. Então tem um trecho assim da linha de ferro do lado esquerda, da linha para cá foi a onde é que pegou fogo. E aí já notou que, não que a gente viu cair a faísca, não era aquelas faíscas saiu, não é. Aí já nasceu o fogo lá perto da máquina, falou, todo mundo viu. Nós estávamos em uns dez, mais ou menos. "Ô, pegou fogo. Pegou fogo", mas se não fosse o raio do vento, mas aí pegou fogo naquela parte. O capim, mais ou menos, dessa altura e seco, aí o fogo rolou. Aí tinha uma árvore na beira de uma estradinha que fazia divisa com essa fazenda, você está entendendo? Aí ela subiu, tinha um cipó seco, esse vento rolou e jogou lá na estrada.

Juiz: Está.

Depoente: Aí nós corremos lá para ver se apagava aquilo, mas o vento muito forte, não conseguimos viu.

Juiz: Certo. E parte desse fogo atingiu, então, a propriedade dos autores aqui.

Depoente: A propriedade deles, isso

Juiz: O que é que atingiu, exatamente, o fogo?

Depoente: Ahn?

Juiz: Esse fogo atingiu o quê, exatamente?

Depoente: Não, mas aí eu não sei, mais ou menos, não. Mais ou menos, se eu posso falar assim uns 8, 10 alqueires, mais ou menos. Mais ou menos.

Juiz: Mais era só pastagem? O que tinha lá?

Depoente: Pastagem, pastagem. Era uma época de seca e o pasto estava alto não é, e o fogo veio.

Juiz: Está.

Depoente: Veio e entrou. Foi até na divisa dá, na outra divisa da cerca a onde e que tinha uma cerca, não é.

Juiz: Tinha plantação lá? Tinha alguma edificação? Alguma coisa não?

Depoente: Não, era pasto mesmo. Que eu lembro, era pasto. Me recordo era só pasto, viu?

Juiz: Certo, doutor. Doutor, aproxima só o microfone faz o favor, doutor.

Defesa: Eu gostaria que ele esclarecesse essa estrada que a LL se debate dizendo que não tinha como passar o fogo porque tinha essa estrada no meio e essa árvore que ele está se referindo.

Depoente: Ahn.

Defesa: Jogou o fogo, passando a estrada para fazenda do meu cliente. É essa estrada, essa árvore que ele fala com o cipó que...

Depoente: É.

Defesa: O fogo passou. Porque os peritos estão alegando que...

Juiz: Mas o senhor quer indagar alguma coisa a respeito disso para ele, doutor?

Defesa: Não, eu só quero saber dele se o fogo transpassou essa estrada, que é uma estrada municipal lá.

Depoente: Não, a estrada não e muito larga. Era uma estrada, mais ou menos assim, ela estava limpa daqui naquela parede, não é estradona larga. E tinha essa árvore que estava dentro do terreno da LL, essa árvore. O fogo foi, como tinha aquele cipó na época de seca, muito seca, aquele cipó meio seco na árvore e quando o fogo, parece que

gosta de vento, não é? A hora que o, o vento gosta de fogo. Aquele fogo subiu na árvore e subiu naquele cipó e fez aquele redemoinho. Aí eu não vi na hora, eu não vi cair a faísca lá, mas já, o fogo já passou para fazenda. Você está entendendo? Mais de lá, de onde é que nós estávamos, todo mundo olhando, isso aí nos vimos desde a hora que nasceu o fogo. Eu gosto de falar a verdade, não adianta, está entendendo? Desde a hora que nasceu o fogo e nós ficamos olhando porque nós estávamos com as máquinas lá, falamos: "Se ele vir para cá, nós tira tudo, rapidamente, daqui de dentro". Aí ele foi, veio e chegou naquela árvore, subiu e o fogo caiu dentro do pasto desse rapaz aí, aí nasceu o fogo, está entendendo? Até falei com ele: "Eu tenho mais rapaz lá que viu, se ele, se precisar...", que na época era eu que olhava. Tem mais gente lá que viu também quem, entendeu?

?: Então eu queria só que ele concluísse se o fogo realmente foi provocado pela locomotiva.

Depoente: Não.

Juiz: Esse fogo, ele se originou por causa da passagem da locomotiva (ininteligível)?

Depoente: Ah, é a máquina, com certeza. Eu não, a gente não, é a máquina que jogou, não tinha outra coisa lá em cima. Tinha uma distancia de 1.500 metros, mais ou menos. Não tinha outra coisa, era só a máquina. A máquina muito pesada, muito vagão. Aí você via aquela faisquinha no meio daquele fumaceiro preto, está entendendo? Aí de lá caiu, falei: "Rapaz, caiu. A máquina tocou fogo, mais a gente nunca pensava que ia passar para lá. Falava: "Tocou fogo, tocou fogo", mas a gente ia pensando, que só ficava naquela parte da LL, não é. Foi a onde é que ela veio, veio descendo, pegou essa árvore e caiu no pasto dele. Isso aí nós, foi questão de meia hora para passar para... nem meia hora, uns 15 minutos já estava na fazenda do rapaz lá.

(...)".

"Jaime Manaia

(...)

Juiz: Para não cometer o crime de falso o que é que o senhor sabe? O senhor chegou a ver alguma coisa?

Depoente: Nós estava trabalhando na dita rodovia do trem de ferro, doutor, e justamente quando o trem vinha, então a gente ficava com o rádio a (ininteligível) no negócio dos 8, 10 Km.

Juiz: O senhor trabalhava no quê exatamente? Estava fazendo o que lá?

Depoente: Com caminhão, mas dentro da pista mesmo, dentro da rodovia mesmo.

Juiz: Para quem que o senhor estava prestando serviço?

Depoente: MC construtora.

Juiz: Ah está.

Depoente: Aham. Então nós tiramos o maquinário da pista para o trem passar, o trem passou, assim que nós voltou o maquinário na pista outra vez o fogo brotou agora, (ininteligível).

Juiz: E o senhor viu como e que o fogo começou? O que é que teria causado esse fogo?

Depoente: Ah, doutor aí a gente já estava mexendo com os caminhão lá e o ditado é que o trem acabou de passar e o fogo começou e...

Juiz: O senhor começou a ver o fogo?

Depoente: Começou ver o fogo.

Juiz: Onde começou o fogo? Em qual local que começou?

Depoente: Para frente de onde nós estávamos, assim, nós estava mais para cá e estava para frente.

Juiz: Mais onde que era? Era no...

Depoente: No capim já da beira do trem.

Juiz: No capim? Está.

Depoente: E do lado esquerdo, do lado da fazenda a onde foi queimado.

Juiz: Começou no capim e ele foi para onde depois (ininteligível).

Depoente: Aí deu aquele redemoinho que tinha aquelas moitas daquela, aquele que, um espinho que eles têm lá de tratar jabitanga. Então aquilo deu aquele revolta de vento assim e tacou para fazenda. Aí já não deu mais não. Mas, inclusive, o rapaz da fazenda tentou querer apagar, veio com trator, mas não deu conta.

Juiz: Entendi. E na fazenda atingiu o quê? Atingiu alguma plantação, construção? O que é que atingiu o fogo?

Depoente: Doutor, no pedaço que queimou lá era o pasto.

Juiz: Pasto, que pasto?

Depoente: Foi pasto da braquiária dessa pangola. Pasto e acho que cerca andou queimando os paus lá também, não é.

Juiz: Certo. Doutor?

?: Excelência, se ele pode informar se além deles e da máquina, tinha mais, observou, ele viu mais alguém lá no local?

Depoente: Não, que eu vi não. Não posso informar não.

Juiz: O senhor não viu?

Depoente: Não, se tinha mais algum maquinário?

?: Não. Se tinha mais alguma pessoa lá que pode ter ateado o fogo?

Depoente: Ah, tinha.

Juiz: Tinha alguma pessoa lá perto que poderia ter ocasionado o fogo? Alguma...

Depoente: Não, não. Que a turma que estava era só nós mesmo e quando nós voltamos os, os maquinários tudo para dentro da rodovia. Só tinha nós mesmo. Só tinha nós.

Juiz: Mais alguma, doutor?

?: Não, estou satisfeito.(...)"

"Benedito Luiz Ferreira

Juiz: Nome do senhor completo?

Depoente: Benedito Luiz Ferreira.

Juiz: E o processo que (ininteligível) Poleto e Ana Maria Poleto estão movendo contra América Latina Lojista do Brasil referente a um incêndio que teria ocorrido na propriedade. O senhor vai ser testemunha, tem que falar verdade, está? Para não cometer o crime de falso testemunho. E o senhor chegou a ver alguma coisa?

Depoente: Vi, eu estava trabalhando lá, beirando a linha de ferro. Ali tinha um lugar que mandava parar a máquina em frente a fazenda do homem. A máquina parou de repente e começou o fogo lá, chamou o maquinário para apagar e aí já não deu mais tempo, o fogo se alastrou. O vento ajudou.

Juiz: O senhor viu como é que o fogo começou ou não?

Depoente: Olha, a máquina parou e ali existia só nós trabalhando para frente um pouquinho, pouquinha coisa. Aí nisso começou o fogo, aí começou o fogo aí chamou os maquinário nosso lá para ajudar apagar, mas ali é um fogo tão rápido, estava ventando naquele dia. O fogo alastrou e queimou o pasto.

Juiz: Certo. E o fogo atingiu o que exatamente lá?

Depoente: É capim. (...)".

Logo, embora o laudo pericial não tenha apontado a origem do incêndio, percebe-se que os depoimentos testemunhais afirmam, com absoluta certeza, que foi a locomotiva da apelante que deu inicio ao fogo, e que este se propagou devido aos fortes ventos no local e a existência de pasto seco; de modo que os apelados desincumbiram-se do ônus que lhes competiam, nos termos do art. 373, I, do CPC/15, pois demonstraram a conduta lesiva e a culpa da apelante, bem como o nexo de causalidade entre o evento e os prejuízos alegados, pouco importando se a propriedade vizinha foi ou não atingida pelo fogo e/ou do fato de existir uma estrada que separa a linha férrea da propriedade dos apelados.

No mesmo sentido:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL –* ***AÇÃO INDENIZATÓRIA INCÊNDIO INICIADO A PARTIR DA FAIXA DE DOMÍNIO DA FERROVIA E QUE SE PROPAGOU PARA PROPRIEDADE DESTINADA AO PLANTIO DE SEMENTES DE "PINUS" LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO NO SENTIDO DE QUE PROBLEMA COM A COMPOSIÇÃO ORIGINOU O FOGO, ESPALHANDO FAÍSCAS OU MATERIAL FUNDIDO PROVENIENTE DO ATRITO COM OS TRILHOS NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO DEVER DE INDENIZAR LUCROS CESSANTES APURADOS POR PERÍCIA JUDICIAL*** *SOLIDARIEDADE CORRETAMENTE RECONHECIDA RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO, NA PROPORÇÃO DO LIMITE PREVISTO NO CONTRATO SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO."* (TJSP, AC de n. 0005372-70.2005.8.26.0319, Relator(a): Neves Amorim; Comarca: Lençóis Paulista; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/10/2013; Data de registro: 10/10/2013). Destacado.

Outrossim, carece de razão a alegação da recorrente de que não houve prova do dano material e dos lucros cessantes, porquanto, conforme o laudo pericial acostado ao feito, apurou-se um valor de R$ 77.647,62; quantia que apelante sequer contestou, tanto que solicitou a homologação do laudo pericial (p. 642), o que restou atendido às páginas 659, tornando-se preclusa qualquer discussão a respeito.

E, considerando que a inicial pleiteava o valor de R$ 61.195,80, a título de danos materiais e lucros cessantes, e que o magistrado singular reduziu a indenização apurada na perícia para aquela pleiteada pelos apelados, em respeito ao princípio da congruência, não vislumbro motivos para modificar a sentença de primeiro grau.

Diante do exposto, com fundamento no art. 523, §1º, do CPC/73, não conheço do agravo retido acostado em apenso.

Com relação ao apelo, conheço-o, mas rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, nego provimento ao recurso.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios recursais, nos termos do art. 85, §11º, do CPC/15, porquanto a sentença objurgada foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo de n. 7, do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do agravo retido, 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. 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, 26 de outubro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801848-96.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO RETIDO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – VINCULAÇÃO DO DEPARTAMENTO AO ESTADO – CONTRATAÇÃO ANTERIOR PELO ENTE ESTADUAL E SOMENTE APÓS PELO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO – EXISTÊNCIA DE OUTROS PLEITOS, ALÉM DA EXONERAÇÃO DOS REQUERIDOS – LEGITIMIDADE E INTERESSE PRESENTES – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público que praticou o ato, devendo o feito ser dirigido contra referida autoridade, porque deverá ser esta, ao final, quem haverá de suportar os efeitos financeiros em caso de procedência da ação.

Tendo o vínculo de trabalho iniciado com o Estado e a ação foi movida enquanto os recorridos ainda não possuíam nomeação com o Detran-MS, correto ajuizamento em face do Estado.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ART. 37, INCISO V, DA CF/88 – NOMEAÇÃO DE CARGO PÚBLICO – SEM CONCURSO – NENHUMA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS (ASSESSORIA, CHEFIA E DIREÇÃO) – PROVAS CABAIS DO DESVIO – ATENDIMENTO AO PÚBLICO E VISTORIA – CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – NECESSIDADE TEMPORÁRIA – EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – INVIABILIDADE – PRAZO ELEVADO – POSSIBILIDADE DE NOVO CERTAME PARA REGIÃO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Os cargos em comissão criados possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF.

A teor do Verbete nº 685 da Súmula do Supremo, *"é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao agravo retido e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro 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 civil pública, de n. 0801848-96.2012.8.12.0021, em que contende com o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de apelação cível, bem como o juízo da origem submete a sentença ao reexame necessário.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Reitera o agravo retido (p. 380-389), no que se refere a perda superveniente do interesse de agir e a ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, pois, após o ajuizamento da ação, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, através do Decreto "P" n. 1.681, de 25 de abril de 2013, exonerou os demais servidores (e demandados desta ação) antes vinculados à SEGOV (Andréa de Queiroz Nogueira, Andressa Rodrigues Moreno, Hellen Pereira da Silva, Janaína Siqueira dos Santos, Luiz Fernandes Siqueira, Silvana Lemos Alves, Tatielle Domingues Neves), que foram nomeados posteriormente pelo DETRAN, exceto um demandado, qual seja, Elias, que já ocupava, desde o início, cargo em comissão (cargo em comissão de Gestão Intermediária e Assistência DGA-6) do quadro do DETRAN.

Não restam dúvidas quanto à perda superveniente do interesse de agir em face do Estado apelante, bem como sua ilegitimidade passiva, uma vez que este ente não mais responde pelos servidores demandados nesta ação, mas tão somente o DETRAN, até porque a exoneração pretendida nesta ação já foi alcançada.

O DETRAN é autarquia estadual, dotada de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, livre da ingerência do Estado, de modo que o ente estatal não tem competência para determinar que o presidente daquele departamento de trânsito exonere os servidores demandados, especialmente se este não participou da presente ação.

A personalidade jurídica da autarquia enseja na existência de patrimônio próprio e distinto do Estado que a criou, bem como capacidade administrativa plena, dada a relativa autonomia deste ente público. É parte estranha à relação jurídica existente entre os demandados e a autarquia estadual.

A sentença não deve prosperar inclusive em relação ao demandado Elias, pois este é funcionário ligado exclusivamente ao Detran, além de se mostrar contraditória, porquanto afirma que o pedido de exoneração dos servidores está prejudicado em relação ao Estado, devendo ser ajuizada ação contra o Detran e, ao final, determina a exoneração dos servidores.

Houve violação ao princípio da congruência, da inércia da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo a sentença *ultra petita* e, portanto, nula, porque o pedido inicial limitou-se na obrigação de não fazer em relação aos cargos específicos junto ao Detran e a sentença condenou genericamente o Estado a não prover mais cargos mediante a contratação direta, sem concurso, fora das exceções previstas na Constituição Federal.

Os cargos comissionados específicos, objetos desta ação, nem mais pertencem ao Estado de Mato Grosso do Sul (SEGOV), mas sim pertencem e foram transferidos para o DETRAN, de forma que também há perda superveniente do interesse de agir em relação a este pedido. Os servidores demandados ocupam cargos em comissão vinculados à Secretaria de Estado de Governo e um servidor apenas permanece com cargo em comissão do quadro do Detran.

Os cargos em comissão, criados por lei, com as características das atribuições de chefia, direção e assessoramento, tem a possibilidade de livre nomeação e exoneração, pela sua própria natureza, e mesmo que as atribuições exercidas na prática pelos servidores demandados não sejam compatíveis com as suas

investiduras em cargos comissionados, acaso não acolhidos os argumentos acima, isso não torna a existência do cargo em comissão em si (que não estão vinculados às atribuições exercidas pelos demandados, mas podem servir para abrigar quaisquer atribuições pertinentes à direção, chefia e assessoramento) inconstitucional, e muito menos transmuda a sua natureza, de modo que se exija a contratação para estes cargos em comissão através de concurso público. Somente no caso concreto que se verificará a caracterização ou não de improbidade administrativa em virtude das contratações.

As atribuições desempenhadas pelos servidores demandados enquadram-se na categoria assessoramento, uma vez que justamente auxiliam as funções do Gerente da Agência de Trânsito de Três Lagoas (cargo superior da unidade regional).

Não pode o Poder Judiciário impedir uma prerrogativa constitucional do Poder Executivo de prover, sem concurso público, a investidura de quaisquer cargos comissionados, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4°, III, CF).

Não se burlou concurso público e há necessidade de manutenção dos servidores em função da escassez de mão-de-obra para a prestação do serviço público adequado, pois mesmo com provimento através de concurso público, em razão da atração pelos salários melhores dos empregos privados e pelo desinteresse em perder o auxílio do governo Federal. Ademais, convocou os candidatos da lista geral do concurso para preenchimento de vagas nas demais comarcas, inclusive para Três Lagoas, porém, não houve interessados para assumir cargos na Agência local; e é possível a contratação excepcional de interesse público, mesmo que a necessidade do serviço praticado pelos servidores comissionados seja permanente, até porque a exoneração de mais de 1/3 da força de trabalho na Agência de Trânsito de Três Lagoas significaria a instauração do caos, da ineficiência e da interrupção do serviço público prestado.

Requer, desta feita, o conhecimento do agravo retido e do apelo, com o provimento do primeiro para reconhecer a ilegitimidade e, assim não sendo, do segundo, a fim de acolher a presente e reformar a sentença julgando improcedente o pedido inicial, ou, ainda, parcialmente procedente para diminuir a multa diária, sendo que eventual incidência de juros e correção monetária se dê com base no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/1997. Por derradeiro, pugna pelo prequestionamento expresso dos dispositivos (p. 562-587).

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo não provimento do mesmo (p. 595-602).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não acolhimento das razões recursais (p. 610-615).

Andrea de Queiroz Nogueira, Andressa Rodrigues Moreno, Carlos Eduardo de Lima, Elias Teodoro dos Santos, Hellen Pereira da Silva, Janaína Siqueira dos Santos, Luiz Fernandes de Siqueira, Silvana Lemos Alves e Tatielle Domingues Neves, embora devidamente intimados, não apresentaram resposta ao recurso (p. 639).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o juízo da origem submete a sentença ao reexame necessário, nos autos de ação civil pública, de n. 0801848-96.2012.8.12.0021, em que contende com o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Por ordem de prejudicialidade passo ao exame do agravo retido.

Agravo Retido - ilegitimidade passiva e ausência de interesse de agir do Estado de Mato Grosso do Sul

O Estado de Mato Grosso do Sul sustenta a sua ilegitimidade passiva, pois, após o ajuizamento da ação, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, através do Decreto "*P*" n. 1.681, de 25 de abril de 2013, exonerou os demais servidores (e demandados desta ação) antes vinculados à SEGOV (Andréa de Queiroz Nogueira, Andressa Rodrigues Moreno, Hellen Pereira da Silva, Janaína Siqueira dos Santos, Luiz Fernandes Siqueira, Silvana Lemos Alves, Tatielle Domingues Neves), que foram nomeados posteriormente pelo DETRAN, exceto um demandado, qual seja, Elias, que já ocupava, desde o início, cargo em comissão (cargo em comissão de Gestão Intermediária e Assistência DGA-6) do quadro do DETRAN.

Transcrevo, fração da decisão proferida em primeira instância:

> *"(...) 1. Tendo em vista que as circunstâncias do litígio evidenciam ser improvável a obtenção de transação entre as partes, deixo de designar audiência conciliatória, face a autorização concedida pelo art. 331, § 3º, do CPC.*
>
> *2. Em relação à preliminar de ilegitimidade passiva arguida por Elias Teodoro dos Santos, não merece acolhimento.*
>
> *Alega que exerce cargo de assessoramento e assim requer sua exclusão do polo passivo. A matéria é atinente ao mérito e como tal deve ser provada no curso do processo. Desse modo, mantenho-o no polo passivo do presente feito.*
>
> *3. Quanto à alegação de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, vejo que melhor sorte não socorre ao Requerido.*
>
> *Embora possua capacidade jurídica e autonomia em sua administração, o DETRAN faz parte da administração indireta do Estado de Mato Grosso do Sul, portanto, possue vínculo administrativo com o Requerido.*
>
> *Com efeito, ainda que lotados no DETRAN local, os servidores foram contratados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, que deve ser mantido no feito para se apurar a regularidade das contratações.*
>
> *Entendo, pois, que o Estado de Mato Grosso do Sul é parte legítima para ocupar o polo passivo da demanda.*
>
> *Assim, afasto, ambas alegações de ilegitimidade passiva.*
>
> *4. Rechaçadas as preliminares, dou o feito por saneado, por constatar estarem presentes as condições da ação e os pressupostos processuais de existência e desenvolvimento. (...)"*

Nos termos da Lei nº 537, de 06/05/1985, que dispõe acerca do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, bem como a Lei nº 3.345, de 22/12/2006, art. 10, inciso III, alínea d, item 5, que vincula o departamento em questão, a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança, é possível constatar que tanto este, quanto o Estado de Mato Grosso do Sul, possuem legitimidade para figurarem no polo passivo das demandas que objetivam a exoneração dos servidores, uma vez que o referido departamento, em última análise, é vinculada à administração do Estado[1].

Além de tudo, é cediço que o ato administrativo de nomeção, é ato complexo, que, segundo Hely Lopes Meirelles, *«é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo»*[2].

1 Art. 5º A autarquia terá quadro de pessoal, vencimentos, com estrutura básica e demais atos constitutivos aprovados pelo Poder Executivo, obedecida a legislação aplicável às entidades da espécie.

2 **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed., p. 174, RT

Perfilho o entendimento de ser sujeito passivo da demanda a pessoa jurídica a autarquia ou departamento a que pertençam, por ser essa personalidade que, em última análise, irá suportar todos os efeitos da sentença, sendo que a autoridade será compelida a praticar o ato ordenado, mas não fará em seu próprio nome, e sim em nome da pessoa jurídica a que se encontra vinculada.

Até porque o sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público que praticou o ato, devendo o feito ser dirigido contra referida autoridade, porque deverá ser esta, ao final, quem haverá de suportar os efeitos financeiros em caso de procedência da ação.

Ademais, a presente demanda restou proposta em 14/11/2012, ou seja, antes de 25/04/2013, data da exoneração realizada pelo Estado. Logo não é possível que durante a demanda se altere a legitimidade passiva, até porque o que se observa – e se verá adiante – é uma tentativa da administração de tentar alterar, de modo transverso, a realidade dos fatos pois o vínculo de trabalho iniciou com o Estado e a ação foi movida enquanto os recorridos ainda não possuíam nomeação com o Detran-MS.

Quanto a perda superveniente do interesse de agir em razão da exoneração dos servidores, tem-se que pleito preambular não se limita a obrigação de fazer, pois também persegue o reconhecimento da ilegalidade dos atos administrativos, bem como na obrigação de não realizar novas contratações diretas, para ocupar cargos que não tenham as características da exceção constitucional prevista no artigo 37, II, da Constituição Federal.

Deste modo, a extinção do processo pela perda superveniente do interesse de agir, sem que a tutela pretendida fosse satisfeita em sua integralidade, afronta com o que preceitua a norma processual civil.

Em casos assim, penso que se deve prestigiar a efetividade do processo, conhecendo-se do mérito da ação e dirimindo em definitivo o conflito de interesses, em homenagem à instrumentalidade que também marca o direito processual.

Diante do exposto, conheço do agravo retido e nego-lhe provimento para rejeitar as preliminares de falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva.

Mérito

Passo ao exame do apelo. Para tanto, colho o dispositivo da sentença:

> *"(...) Por todo o exposto, julgo procedente a presente demanda para:*
>
> *1. Condenar o Estado de Mato Grosso do Sul na obrigação de fazer consistente na exoneração dos servidores nomeados para atuarem no Detran-MS em Três Lagoas sem concurso público, fora das exceções previstas na Constituição Federal, especialmente o servidor Elias Teodoro dos Santos, já que os demais servidores já foram exonerados, no prazo de trinta dias, pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais).*
>
> *2. Condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ainda, na obrigação de não fazer consistente em não prover mais cargos mediante a contratação direta, sem concurso público, fora das exceções previstas na Constituição Federal, qual sejam contratação temporária prevista em lei, cargos comissionados de assessoramento, chefia e direção. Pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais).*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Sem custas. Em observância ao princípio da causalidade, deixo de condenar os requeridos Andrea de Queiroz Nogueira, Andressa Rodrigues Moreno, Elias Teodoro dos*

Santos, Hellen Pereira da Silva, Janaína Siqueira dos Santos, Luiz Fernandes de Siqueira, Silvana Lemos Alves e Tatielle Domingues Neves ao pagamento de honorários advocatícios, estando isento o Estado de Mato Grosso do Sul.

Ex vi do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, determino que, decorrido o prazo de recurso voluntário, sejam os autos encaminhados ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário, observadas as cautelas legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquive-se com as baixas e anotações necessárias. (...)" p. 540-541

Denota-se, em suma, que o Estado sustenta que as vagas preenchidas são comissionadas e não necessitam de concurso público, sendo os cargos ocupados de assessoramento.

Examinando as provas acostadas aos autos, além das constantes da p. 12-125 e 168-246, em especial as testemunhais, temos as seguintes passagens que merecem relevo da oitiva:

"Andrea de Queiroz Nogueira

Juíza: Depoimento pessoal da requerida Andrea de Queiroz Nogueira.

Dona Andrea, a senhora presta serviços lá no DETRAN?

Depoente: Sim.

Juíza: É? A senhora está há quanto tempo trabalhando lá?

Depoente: Eu entrei em agosto de 2011.

(...)

Juíza: Mas a senhora se recorda na época da sua contratação se foi o Estado do Mato Grosso do Sul que contratou a senhora ou o DETRAN, Autarquia DETRAN que contratou a senhora?

Depoente: Então, eu deixei o currículo lá achando que eu ia ser contratada pelo próprio DETRAN, mas aí quem me chamou foi o próprio Estado né.

Juíza: Ai depois aconteceu a exoneração e daí a senhora foi contratada pelo DETRAN em seguida?

Depoente: Isso.

Juíza: Mas a senhora não parou de trabalhar?

Depoente: Não.

Juíza: Tá. O que a senhora faz lá? Qual o cargo que a senhora ocupa lá?

Depoente: Assistente.

Juíza: A senhora faz atendimento ao público?

Depoente: Atendimento ao público.

Juíza: Tem algum servidor concursado que faça as mesmas atividades que a senhora faz lá?

Depoente: Tem.

Juíza: Tem? Qual cargo que seria?

Depoente: Não, assim, no DETRAN ali, como que eu posso explicar para senhora? Tem pessoas ali que são concursadas, nível médio, nível superior, mas tem muitas vezes que como o fluxo é muito grande né, não dá para desmembrar e ficar.

Juíza: Todo mundo faz?

Depoente: Todo mundo faz.

Juíza: Certo. E a senhora tem alguma função de chefia?

Depoente: Não. Nunca tive.

Juíza: Assessoramento? A senhora dar assessoramento?

Depoente: Não.

(...)

Juíza: Certo. E quantos servidores tem nessa situação lá a senhora sabe?

(...)

Depoente: Esse pessoal que estava aqui.

(...)

Depoente: Olhe, houve um concurso e foram chamados para as vagas que tinham ,entraram dois. Não, três, entraram a Camila, o Luiz, a Valéria e a Luaninha, quatro.

(...)

Juíza: A senhora prestou concurso?

Depoente: Não prestei porque quando entrei lá já tinha sido o concurso e eu não fiquei sabendo.

Juíza: Não? Tranquilo.

?: (Ininteligíve).

Juíza: A senhora declarou algumas atividades que a senhora fez lá, no setor de multas a senhora mantém isso que a senhora falou, é isso mesmo?

Depoente: Mantenho isso mesmo, porque inclusive ali eram duas pessoas só, então eu tinha que ajudar a que era concursada, não tinha como ,o fluxo era intenso, então eu aprendi todo o serviço, mas eu não tinha chefia nenhuma, agora eu estou no CNH. No CNH eu só fico no balcão por que lá tem mais funcionários.

(...)

Juíza: Porque a senhora foi para outro setor?

Depoente: Não, não teve nada. Porque ali no DETRAN geralmente eles fazem, (eu não sei se estou muito perto) eles fazem remanejamento de um setor para outro, entendeu?

Então agora ali no setor de multa são três pessoas e eu fui para o CNH por questão da gerência que colocou.

(...)

Juíza: A senhora não parou de trabalhar nenhum dia?

Depoente: Não.

(...)

Juíza: Ficou o mesmo salário?

Depoente: Ficou o mesmo salário .

(...)

Juíza: (Ininteligível). Nada mais. (p. 645-649)

(...)

Juíza: Deixa eu repetir a pergunta senão não grava tá? É que tem esse problema. A Senhora é subordinada a quem? Quem que dá ordens lá para a Senhora?

Depoente: Quem dava ordens era a Gentília. Ela pediu exoneração e não está mais. Agora quem está atualmente no cargo dela é a Solange, mas diz que é temporário porque parece que vai vir uma pessoa. A gente não sabe quem é também, mas a gente é subordinada à Solange que por incrível que pareça é minha chefe do CNH. Ela é concursada.

?: Qual era o cargo (ininteligível).

Juíza: O cargo da Solange a Senhora sabe? Qual era o cargo dela?

Depoente: Então, ela era chefe do CNH ali, e agora ela está.

Juíza: Na direção do DETRAN?

Depoente: Na direção do DETRAN.

?: Quais são as atividades que (Ininteligível).

Juíza: A Senhora sabe dizer o quê que antes a sua chefe, a Solange, faz no dia a dia?

Depoente: A Senhora quer saber dentro do CNH ou como gerente?

Juíza: No DETRAN, O que ela faz hoje no geral.

(...)

Depoente: A, é o gerenciamento do órgão.

Juíza: (Ininteligível).

Depoente: A gerência toda. Tudo, tudo o que acontece ali a gente é subordinada a ela. Diretamente a ela.

?: E a Senhora de algum modo auxilia essa chefe?

(...)

Juíza: Nada mais (p. 649-650)

Elias Teodoro dos Santos

(...)

Juíza: Há quanto tempo que o Senhor trabalha lá?

Depoente: Acho que uns três anos mais ou menos. 2012.

Juíza: O Senhor é concursado?

Depoente: Não Senhora.

Juíza: O Senhor não prestou concurso?

Depoente: Não Senhora.

Juíza: O Senhor foi contratado. Quais foram as circunstâncias da sua contratação? O Senhor procurou quem, quem que procurou o Senhor para contratar?

Depoente: Não, eu fui nomeado a governadoria, no cargo de assessor. (ininteligível) da governadoria.

Juíza: O Senhor é servidor do Estado e daí foi remanejado. Mas o Senhor algum, em algum período o Senhor prestou serviço no Estado ou sempre no DETRAN?

Depoente: Sempre no DETRAN.

Juíza: E como que se deu essa contratação? O Senhor foi até onde para levar o seu currículo, como que foi isso?

Depoente: Não. Eu tenho um amigo pessoal na governadoria e ele me indicou. Conversou lá e me indicou direto para o DETRAN.

Juíza: E o Senhor de cara já foi trabalhar no DETRAN?

Depoente: Sim Senhora.

Juíza: Entendi. E qual que é o cargo que o Senhor ocupa hoje lá?

Depoente: Assessoramento.

Juíza: Onde?

Depoente: Direto com a diretora. No caso a gerente local.

Juíza: Quem é a sua chefe?

Depoente: Na época era a Dona Gentília, quando eu entrei. Hoje provisoriamente está a Solange interina.

(...)

Juíza: Entendi. E o quê que o Senhor faz exatamente? Qual que é a sua função lá? O que o Senhor faz?

Depoente: Bom, hoje é o seguinte. Hoje eu faço o que ela precisa que eu faça, que eu desempenhe uma função, que às vezes ela precisa de alguma coisa é o que eu faço para ela. O que ela pede, o que ela manda fazer eu faço.

Juíza: O Senhor é o assessor da diretora?

Depoente: Dela, da diretora.

(...)

Juíza: Certo. Quando houve uma mudança na contratação do Senhor, passou do Estado para o DETRAN, é isso?

Depoente: Não. Eu já entrei direto para a governadoria.

Juíza: Certo. O Senhor era funcionário do estado, mas o Senhor continua contratado pelo Estado ou hoje o Senhor é contratado pelo DETRAN?

Depoente: Não. Continuo contratado do Estado.

Juíza: O Senhor continua contratado do Estado?

Depoente: É, direto na governadoria.

Juíza: Dr. Fernando, o Senhor tem alguma pergunta?

?: Foi ouvido na promotoria, basicamente ele falou que trabalha como auxiliar de vistoria recepcionando as motos apreendidas bem como os demais veículos e auxiliando na vistoria dos veículos.

Juíza: Aqui é outra numeração no meu processo aqui, enfim. O Senhor quando foi ouvido lá na promotoria o Senhor mencionou essas atividades que o Senhor realizava aqui, vistorias de veículos e etc.

?: Auxiliar de vistoria.

Juíza: Auxiliar de vistoria recepcionando motos apreendidas. O Senhor faz isso?

Depoente: Eu faço tudo o que a chefe manda. No caso quem é a nossa gerente é quem mandou. E nessa época disseram que eu estava fazendo isso por que ela tinha mandado, entendeu? Eu faço tudo o que ela manda, eu sou assessor direto dela. Então eu quero dizer, nessa época eu não sei se tem conhecimento, no DETRAN tem um déficit de funcionários muito grande, então em muitas das vezes você tem que fazer o que mandar.

Juíza: Então só para eu entender, o Senhor na qualidade de assessor da diretora o Senhor era destinado para onde tinha problema de falta de servidor?

Depoente: Exatamente por falta de servidor.

Juíza: Assim, para usar um palavreado mais chulo, o Senhor tapava o buraco onde estava faltando o servidor?

Depoente: Naquela época era assim, hoje já está mais estabilizado. Naquela época era desse jeito.

Juíza: Hoje que está mais estabilizado o Senhor está fazendo o que exatamente?

Depoente: Hoje eu estou onde ela manda. Que nem essa semana agora mesmo teve um rapaz de férias na vistoria e eu voltei para a vistoria porque o rapaz está de férias.

(...)

Juíza: O Senhor não fica trabalhando lá na sala dela dando ordens lá também?

Depoente: Não, quando ela precisa eu fico.

Juíza: Entendi.

Depoente: Quando ela precisa eu fico também.

(...)

Juíza: À Solange, isso. Se tem alguém subordinado a ele? Entendi. Tem alguém subordinado ao Senhor? O Senhor chefia alguma equipe, alguma pessoa lá dentro do DETRAN?

Depoente: Quando ela me manda ir para o setor, o setor que eu estou ali eu sou o responsável por aquela parte ali.

Juíza: Eu quero que o Senhor me exemplifique assim. O Senhor já teve alguma posição de chefe de algum setor lá?

Depoente: É, pode ser chefe por que ela me mandou ir para o setor. Ela falou Olha, você responde pelo setor , então eu sou chefe.

Juíza: Mas as pessoas que trabalham lá, inclusive concursados tem perguntar as coisas para o Senhor, se reportam ao Senhor? O Senhor tem algum poder decisório lá dentro?

Depoente: Tenho. Na falta dela eu tenho que decidir o cargo.

Juíza: Então o Senhor me exemplifica. Fala uma vez que isso aconteceu e aonde que foi.

Depoente: Muitas vezes chega um, eu vou dar o exemplo da vistoria. Muitas vezes chega um veículo na vistoria e a pessoa falta um documento, alguma coisa e: Olhe, pode fazer isso? . Eu tenho que decidir na hora. JUÍZA: O pessoal vem perguntar ao Senhor?

Depoente: vem em mim: O que você acha? .

Juíza: O servidor que vai perguntar tudo para o Senhor?

Depoente: Pode fazer isso? , pelo conhecimento que eu tenho eu falo pode ou não pode.

(...)

Juíza: O Senhor sabe dizer quem que indicou o Senhor lá?

Depoente: Foi um amigo.

Juíza: E o nome dessa pessoa?

?: Nesse protesto um advogado (ininteligível) não é necessário quem indicou, ele foi nomeado pelo governador.

Juíza: Na verdade eu acho relevante por que essa ação é justamente para discutir essas contratações, então eu acho interessante saber o nome da pessoa que indicou o Senhor. Não há problema nenhum. Não vejo problema nenhum nisso. Não é crime, por enquanto. Pode ser no máximo um ato de improbidade. Eu quero saber quem que indicou o Senhor, o Senhor vai falar ou não vai?

Depoente: Posso falar doutor?

?: Pode.

Depoente: Pode falar? Eu fui indicado pelo Deputado Aquira (corrigido)

(...)

Juíza: Tem alguém que faz a mesma coisa que o Senhor faz e é concursado?

Depoente: Não Senhora.

(...)

Juíza: Mas na época era até outra pessoa, mas a pessoa que está na chefia do DETRAN tem o Senhor de assessor e tem mais alguém?

Depoente: Não. Só eu.

(...)

Juíza: Qual que é a formação do Senhor?

Depoente: Eu sou técnico e formado em contabilidade e fiz faculdade de recursos humanos incompleto.

Juíza: Tá. Mais alguma pergunta doutor? Nada mais. (p. 650-655)

Hellen Pereira da Silva

Juíza: A senhora que é a Hellen Pereira da Silva, é isso?

Depoente: Isso.

Juíza: A senhora trabalha no DETRAN?

Depoente: Sim.

Juíza: Desde quando?

Depoente: Desde 2008.

Juíza: 2008? A senhora prestou serviço? Prestou concurso?

Depoente: Não.

Juíza: Foi contratada?

Depoente: Fui.

Juíza: Como que foi a sua contratação? Quem que contratou a senhora, como que surgiu essa oportunidade lá no DETRAN?

Depoente: Eu fiquei sabendo que estavam contratando pelo currículo e deixei o currículo lá no DETRAN, aí logo em seguida me chamaram, achei que ia demorar um tempo para me chamar.

Juíza: Entendi. O que a senhora faz lá hoje?

Depoente: Eu atendo ao público hoje.

Juíza: E esse serviço que a senhora faz mais alguém que é concursado faz também?

Depoente: Sim.

Juíza: Vocês fazem esse serviço. A senhora tem algum cargo lá de chefia?

Depoente: Não.

Juíza: Alguém é subordinado à senhora?

Depoente: Não.

Juíza: A senhora tem algum cargo de assessoramento? A senhora é assessora?

Depoente: Não.

Juíza: Houve uma alteração na sua contratação né? Parece-me que a senhora era contratada pelo Estado e depois foi ser contratada pelo DETRAN, certo?

Depoente: Sim.

Juíza: Eu quero saber se houve alguma interrupção no seu trabalho, a senhora continuou?

Depoente: Não.

Juíza: Para a senhora não mudou nada?

Depoente: Não. Mudou de um, mas eu continuei trabalhando na mesma coisa.

Juíza: A senhora não perdeu nenhum dia de trabalho?

Depoente: Não. Continuou a mesma coisa.

Juíza: E houve uma alteração de salário?

Depoente: Houve, mas foi pequena.

(...)

Juíza: A senhora sabe quantas pessoas foram chamadas para trabalhar aqui?

Depoente: Quatro pessoas. No último concurso foi quatro.

Juíza: A senhora fez esse concurso?

Depoente: Não. Tinha contratado bastante, mas ninguém assumiu, só quem assumiu foram quatro. Oi?

Juíza: A senhora fez esse concurso?

Depoente: Fiz e não passei.

(...)

Juíza: Oi? Ela falou mesmo. A senhora conhece o Senhor Elias que acabou?

Depoente: Sim.

Juíza: O que ele faz lá?

Depoente: Ele faz vistoria.

(...)

Juíza: Entendi. E a senhora já viu fazendo outro serviço lá também?

Depoente: Não. Só esse.

Juíza: Dr. Fernando?

?: (Áudio ruim).

Juíza: Ele trabalha no gabinete do chefe, alguma coisa assim?

Depoente: Não.

(...)

Juíza: Tem algum concursado que faz esse serviço de auxiliar de vistoria?

Depoente: Faz. Tem pessoas que fazem vistoria também, mas eu não sei se é a mesma coisa que o dele.

(...)

Juíza: Então agora hoje a senhora é subordinada à Solange, só a ela?

Depoente: É.

Juíza: Entendi. Na época tinha outra chefe do DETRAN?

Depoente: Tinha a Gentília.

(...)

Juíza: Mas ela é responsável pela administração?

Depoente: Agora ela é responsável de tudo.

Juíza: Na agência de Três Lagoas?

Depoente: É provisório.

Juíza: Entendi.

(...)

Juíza: Se tem um chefe? Eu queria saber na função da vistoria, tem um chefe desse setor?

Depoente: Tem.

Juíza: Quem que é o chefe do setor?

Depoente: É o Wellington.

Juíza: Ele é concursado?

Depoente: Sim.

?: sem mais excelência.

juíza: Nada mais. (p. 655-659)

Gentília Alves Costa

Juíza: A testemunha compromissada na forma da lei, Dona Gentília, a Senhora trabalhou no DETRAN por quanto tempo?

Depoente: 34 anos e 8 meses.

Juíza: Certo. Sempre aqui em Três Lagoas?

Depoente: Comecei em Paranaíba, passei por Três Lagoas, estive em Brasilândia por 5 anos e voltei para Três Lagoas.

Juíza: Certo. A Senhora era concursada? Tá, quanto tempo a Senhora ficou na chefia da gerência local aqui de Três Lagoas?

Depoente: 4 anos.

Juíza: 4 anos. Nesse período que a Senhora estava na chefia da gerência local houve contratações sem concurso no DETRAN?

Depoente: Acho que houve, mas não foi muito não, que a maioria da turma já estava.

Juíza: Já estava? Já haviam vários servidores que não eram contratado?

Depoente: Acho que entrou um, dois depois disso.

Juíza: Entendi. Quem que fazia a contratação desses servidores a Senhora sabe dizer? O próprio DETRAN? Era por indicação da Senhora? Pelo Estado?

Depoente: Não. Me ligava e dizia: Está chegando funcionário novo . Está chegando, está bem, que seja bem vindo.

Juíza: Entendi. O DETRAN que a Senhora diz, essa referência de Campo Grande? Entendi. E a Senhora que dizia da necessidade de mais gente para trabalhar?

Depoente: É, porque eu sempre soube que a carência era grande de funcionários no DETRAN, então eu dizia que estava apertado, que estava assim e eles diziam: Olhe, eu estou mandando mais um .

(...)

Juíza: Entendi. E quando o DETRAN ligava para a Senhora: Estou mando um servidor , tá, um servidor contratado, a superintendência indicava para a Senhora a função que essa pessoa teria que fazer lá ou fica a cargo da Senhora?

Depoente: Não, ela dizia assim: Eu estou mandando um funcionário e onde estiver precisando você coloca. .

Juíza: Entendi. Não havia nenhuma determinação de colocar essa pessoa em uma função de chefia ou assessoramento?

Depoente: Não.

Juíza: Entendi. O Senhor Elias Teodoro dos Santos, está aqui presente, a Senhora se recorda dele trabalhando lá com a Senhora? Qual era a função dele lá?

Depoente: Desde que ele entrou por necessidade, ele estava no setor de vistoria.

Juíza: No setor de vistoria por necessidade, mas ele faz alguma outra coisa lá no DETRAN? Ele trabalhou com a Senhora como assessor?

Depoente: Não. Ele sempre trabalhou na vistoria, de vistoriador por necessidade.

Juíza: Por necessidade do órgão. Entendi. E a Senhora estava à frente do DETRAN quando houve uma mudança na contratação desses servidores passando do Estado para o DETRAN? A Senhora estava à frente?

Depoente: Estava.

Juíza: E houve, como que se deu isso? A superintendência procurou a Senhora para falar que haveria essa alteração, o quê que aconteceu?

Depoente: Não, a gente ficou sabendo que ele tinha sido exonerado e eu disse: E agora? , liguei e disse E agora? . Sem funcionário o DETRAN para. Ela disse: Não, eles vão ser recontratados .

Juíza: Entendi. Os servidores não tiveram a interrupção de seu trabalho? Continuaram trabalhando normalmente? Ninguém perdeu nenhum dia de trabalho? Entendi. Esses servidores contratados eles fazem atividades iguais aos dos servidores concursados?

Depoente: Faz.

(...)

Juíza: Algum dos servidores que estão aqui hoje que foram contratados no DETRAN, algum deles teve função de chefia ou assessoramento lá dentro do DETRAN?

Depoente: Não. Nunca nem respondeu por setor nenhum.

(...)

Juíza: Entendi. A Senhora sabe dizer se teve alguma coisa a ver, alguém falou assim: Não, é que estão questionando isso , falaram alguma coisa?

Depoente: Não, a gente sabia que tinha processo, mas assim, falar, falar, eles não disseram assim É por causa da ação.

(...)

Juíza: A Senhora enquanto chefe lá da agência do DETRAN, a Senhora dava ordens às pessoas que tinham sido contratadas? Era a Senhora que dizia o quê que eles tinham que fazer?

Depoente: De acordo com a necessidade da agência a gente, por exemplo, um está no setor de CRV e faltou um funcionário, tirou férias ou ficou doente, exonerou, transferiu, então estava faltando alguém. E vai esse funcionário para lá. E esse trabalho dentro da agência eu fazia.

(...)

Juíza: O quê que aconteceria se essas pessoas parassem de trabalhar lá e não fosse mandado ninguém no lugar?

Depoente: Claro que virava um caos, porque a gente já está com problemas, com todo mundo vindo diretamente (ininteligível), todo mundo questionando DETRAN. Se tivessem seis ou oito funcionários, dois já foram exonerados dessa turma, não voltaram. Então se tivessem seis funcionários praticamente o DETRAN.

(...)

Juíza: Entendi. A Senhora sabe dizer se eles ganham a mesma coisa que os servidores concursados, ganham menos, ganham mais, a Senhora sabe dizer?

Depoente: Não sei muito bem o salário deles não, mas é maios ou menos equivalente à turma do ensino médio, do curso médio, mas um pouquinho menos, mas pouca coisa também.

Juíza: Nada mais. (p. 659-663)

Paulo Cesar Moreira

Juíza: O senhor é servidor de onde então?

Depoente: Eu sou servidor concursado da Agesul (corrigido).

Juíza: Então o senhor foi cedido para o DETRAN?

Depoente: Sim. Cedido para o DETRAN.

Juíza: E há quanto tempo que o senhor trabalha no DETRAN?

Depoente: Três anos.

Juíza: Faz três anos. O senhor conhece o Senhor Elias no DETRAN?

Depoente: Justamente, conheço.

Juíza: O que o Senhor Elias faz no DETRAN?

Depoente: Primeiramente ele está sendo vistoriador.

Juíza: O senhor faz o que lá no DETRAN?

Depoente: Vistoriador.

Juíza: O senhor trabalha junto com ele?

Depoente: Sim.

Juíza: E quem que é chefe do setor de vistoria lá?

Depoente: É o Wellington. (corrigido)

Juíza: Wellington? Quando o Senhor Elias tem que pedir alguma orientação, alguma coisa, ele se reporta a esse Wellington? (corrigido)

Depoente: Exatamente.

Juíza: Isso. O Senhor Elias já trabalhou lá no DETRAN nesse período em que o senhor está lá trabalhando junto com ele como assessor da chefia ou de qualquer outro chefe lá dentro?

Depoente: Sim.

Juíza: De quem?

Depoente: Do chefe mesmo né. Quando o chefe pedia para ele.

Juíza: Qual o chefe o senhor diz?

Depoente: Porque no caso é a gerente né. Seria a gerente.

Juíza: Da agência?

Depoente: É.

Juíza: Mas ele trabalha na mesma sala que ela, no gabinete, alguma coisa assim, como que é?

Depoente: Não, por que é o seguinte: eu entendo ela designou, eu não entendo disso aí por que eu também já estava lá.

Juíza: Entendi.

Depoente: E conheço ele e tal, mas ela que pediu para que ele fosse para lá, então.

Juíza: Entendi. Então ela quem pediu para ele ir trabalhar lá de auxiliar da vistoria?

Depoente: Exato.

Juíza: E com relação aos outros servidores que estão aqui, o senhor conhece essas pessoas, a Ellen, a Janaína, o Luiz Fernando. Essas pessoas também é a chefia que determina para onde eles têm que ir para trabalhar?

Depoente: Ah sim, eu acredito que nesse caso eu também não sei deles né, mas do Elias como a gente estava ali trabalhando juntos e que você perguntou quem era chefe dele. Ele era chefe de setor ali, de seção do quadro de vistoria que eu estou ali e somos em quatro e estamos responsável pelo aquele né.

(...)

Juíza: Nesses três anos o Senhor Elias fez algum outro serviço lá dentro do DETRAN?

Depoente: Eu desconheço assim precisamente né, mas eu acredito que ele está à disposição da direção né.

Juíza: Tá, mas assim, que o senhor se recorda, mesmo à disposição da direção ele está sempre no setor de vistoria que é aonde mais precisa dele?

Depoente: Exatamente. Ele designou para lá, então.

Juíza: Entendi. E quem que designa aonde as pessoas irão trabalhar? As outras pessoas, a Janaína, o Luiz Fernando, a Silvana, Tatiele, quem que determina você vai trabalhar ali, você vai trabalhar lá , quem que determina isso? O senhor sabe dizer?

Depoente: Isso aí eu não posso responder?

Juíza: Não sabe?

Depoente: Não sei.

(...)

Juíza: Mas o senhor é concursado e o senhor faz a mesma coisa que o Senhor Elias pelo menos?

Depoente: É.

(...)

Juíza: Em relação ao Senhor Elias? O senhor me falou que o Senhor Elias está lá prestando serviço na vistoria. Qual que é o cargo dele lá exatamente, o senhor sabe dizer? O senhor entendeu? O que ele faz exatamente lá?

Depoente: Na verdade quando ele está na vistoria ele está fazendo vistoria. Prestando ali obediência naquele momento da vistoria né.

Juíza: Entendi.

?: (Inaudível).

Juíza: Já teve alguma circunstância que ele estava em outro lugar fazendo outra coisa que o senhor se recorda?

Depoente: Eu já vi que ele também já se deslocou para fazer vistoria às vezes domiciliar a pedido da direção né, da diretora.

Juíza: E outra? O senhor se recorda de alguma outra atividade que ele tenha realizado no DETRAN?

Depoente: Não me recordo.

(...)

Juíza: Está certo. Nada mais. (p. 663-667)

Maria das Graças Freitas

(...)

Juiz: Foi proposta essa ação, em resumo, diz respeito a contratação irregular de servidores para o DETRAN lá em Três Lagoas sem concurso público. A senhora se recorda desses fatos? A senhora atuou nessa contratação?

Depoente: Primeiro não se trata de uma contratação.

Juiz: Sim.

Depoente: O Estado, ele tem duas formas de provimento de servidores: uma por concurso público e outra por nomeação. Livre nomeação e livre exoneração. Ato do governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Em Três Lagoas, nós temos, hoje me parece que essa semana passada já foi exonerada mais uma pessoa, cinco ou seis cargos de confiança, vamos assim dizer. Que são cargos pequenos criados na estrutura do Estado do Mato Grosso do Sul denominados de DGA7. São cargos pequenos que não tem uma descrição do que faz esse cargo. Não é um cargo de gerência, não é um cargo que tem uma descrição de assessoramento e não é um cargo de direção. Que pela estrutura do Estado, você tem a descrição dos cargos. DGA1, DGA Especial, DGA3 e aí vem a descrição do que compete a esses cargos fazer. Em Três Lagoas por uma necessidade da demanda de serviços da população e por falta de aprovados em concurso nos idos de 2009, eu acho, 2008, nós depois de termos perdido um contrato que era de terceirização de serviço e de pessoas, houve uma intervenção do Poder Judiciário que era uma coisa antiga que nós recepcionamos em 2007, ano do contrato vigente, mas que foi extinto, que tinha pessoal à disposição, era uma coisa existente no Estado. Alguns municípios, algumas agências do DETRAN ficaram deficitárias de servidores. Por conta desse contrato que era de terceirização de pessoas e serviços, houve um TAC na administração anterior, não nossa de 2007. Mas o TAC foi firmado, acho que antes de 2005. Por que em 2005 o compromisso desse TAC era a realização do concurso público, esse concurso foi realizado em 2005, porém acredito que não tenha havido concursados aprovados suficientes para a demanda do Estado. Então algumas cidades ainda ficaram com uma demanda de pessoal dessa contratação terceirizada. Idos de 2008, esse contrato se findou e o DETRAN se viu na condição de não poder atender a demanda de sua clientela. De seus clientes. Nós temos um crescimento desde 2008. Nós estamos avaliando que ele sobe a mais de 7% ao ano o crescimento da frota do Estado em todos os municípios e de condutores habilitados. Então nós fomos ao governo e pedimos auxílio, fomos ao banco de cargos do governo do Estado de Mato Grosso do Sul, o DETRAN na pessoa de seu presidente, e pedimos auxílio. Como é que nós poderíamos prover as agências de servidores. Então o governador nomeou porque ele tinha esses cargos dentro de uma lei estadual criados. Eles não foram criados para atender ao DETRAN, nem especialmente, nem foram criados para isso. Eles já existiam. Então foram nomeadas algumas pessoas na Secretaria de Governo e colocados à disposição do DETRAN para atender à nossa demanda. Então foram 2008, 2009 foram algumas nomeações. Em 2011, nós fizemos um concurso público na tentativa ainda de retirar esses servidores que estavam nomeados e suprir com servidores concursados. Mas também o nosso objetivo não foi atendido, uma vez que a região do Bolsão, em especial Três Lagoas, o número de aprovados foi insuficiente para atender à demanda. Todos que foram aprovados foram chamados, alguns depois de assumirem já saíram, mas já saíram do quadro de estado do DETRAN e nós ainda temos essa demanda lá em Três Lagoas, que é um município que todo mundo sabe, teve um crescimento fora do padrão em número de população e de uma demanda muito grande de serviço. Então nós ainda em 2011 chamamos todos os aprovados. Era um concurso que tinha quadro reversa, mas mesmo assim o índice de aprovação foi insuficiente para a demanda. Então nós ainda permanecemos, acho que com cinco cargos executando essas funções. Não se trata de uma contratação irregular, mas de uma nomeação livre do governo do Estado de Mato Grosso do Sul.

(...)

MP: Ok. Se a Depoente sabe dizer, com relação ao quadro de funcionários do DETRAN em Três Lagoas especificamente, se ela tem como dimensionar aproximadamente o percentual que tinha de funcionários contratados e de funcionários concursados?

Depoente: Nós temos, acredito que hoje, 33 servidores na agência de Três Lagoas. Sendo que desses, cinco ou seis, que saiu exoneração de um cargo agora essa semana, são cargos comissionados. Os outros são todos cargos efetivos e estáveis.

(...)

MP: E a senhora sabe dizer há quanto tempo esses servidores estavam prestando serviço lá no DETRAN de Três Lagoas? Esses que não são concursados?

Depoente: Eu acredito que eles estejam lá nomeados, alguns desde 2008. Não tenho como precisar aqui as datas corretas das nomeações.

MP: Os contratos eram temporários?

Depoente: Eles não se tratam de contratos, não são contratos temporários. São cargos comissionados de livre nomeação e exoneração.

(...)

MP: A Depoente sabe dizer se nesse período em que esses funcionários não concursados exercem suas atividades, se foram realizados concursos? Se existem funcionários concursados aguardando para serem chamados?

Depoente: Em 2011 nós realizamos um concurso público, onde houveram muitas inscrições, pouquíssimos aprovados na região do Bolsão, que é a nossa região mais deficitária e em especial Três Lagoas por causa do crescimento de Três Lagoas. Todos os aprovados foram chamados. Os que foram chamados e que tomaram posse ou estão trabalhando ou já pediram exoneração e foram para outros órgãos, para outras situações. E nós estamos com edital do concurso solicitado, já autorizado pelo governador na Secretaria de Administração aguardando publicação do edital para mais 190 vagas, sendo que 160 serão para atender o interior.

(...)

JUIZ: Nada mais. (p. 667-673)[3]*"*

Pois bem, primeiramente cumpre observar que conjugando os documentos acostados às p. 349-354, os quais dão conta da transferência de 130 cargos DGA-7 do Estado para o Detran – MS, através do Decreto nº 13.609 de 25/07/2013, para compor o quadro de funcionário daquele departamento e a confirmação pessoal dos funcionários elencados acima da transferência do vínculo do Estado para o Detran – MS, evidenciam que o recorrente tentou esquivar-se da configuração de improbidade administrativa ao exonerar os servidores, ora requeridos, contratados sem concurso após o ajuizamento da presente demanda.

Ademais, o requerido Elias Teodoro dos Santos, pelas informações colhidas e confirmadas em audiência, permanece exercendo suas funções perante o Detran de Três Lagoas mantendo vínculo direto com o apelante.

Além destes fatos, o pleito persegue não apenas a exoneração, mas também a impossibilidade de novas contratações irregulares.

Desta forma, restará prejudicado apenas o pleito de exoneração dos referidos servidores do departamento, devendo a respectiva demanda ser ajuizada em face do Detran-MS, como ressaltado pelo juízo de primeira instância, não havendo assim qualquer contradição.

3 Algumas palavras da degravação da p. 645-673 foram corrigidas, pois se observou equivoco no momento de compará-las com o áudio.

Como é cediço, a administração pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, bem como os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Dispõe a Constituição Federal:

> *"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:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm - art3 (...)*
>
> *II - 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;*
>
> *IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;*
>
> *V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (...)*
>
> *IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"*

A seguinte súmula auxilia na compreensão:

> *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido." (**Súmula 685**).*

Oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, editora: Malheiros, p. 301:

> *"79. Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando."*

Nesse contexto, é a lição de Odete Medauar, *in* Direito Administrativo Moderno, 13ª edição revista e atualizada, Editora: Revista dos Tribunais, p. 274-275:

> *"O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denominado cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança, por exemplo: o cargo de Ministro de Estado (...)" Destacado*

Tendo por base os fundamentos acima, fica evidente que a assessoria é prestada por uma pessoa a determinado superior hierárquico direto, e não a uma entidade, por vezes agindo em nome daquele e atuando nas atividades específicas conferidas ao nomeante.

De modo algum a interpretação equivocada do apelante, ou mesmo do Sr. Elias em sua contestação (p. 272-279), de que todas as atividades subalternas ao Gerente da Agência de Trânsito sejam de assessoramento prospera, sem efetuar qualquer distinção entre os serviços de habilitação aos condutores, realização de exames médicos e psicológicos, registro e expedição de licenciamento e certificado de registro de veículos, aplicação e digitação de multas, fiscalização de CFC, coordenação e exames de habilitação.

É nítida esta distinção e organização dos servidores através da norma que rege o departamento e a cada realização de concurso público em que estas várias atividades são fracionadas entre o número de vagas conforme a necessidade da localidade e, ao tomarem posse, de modo algum atuam em substituição a um diretor específico, mas para comunhão de atividades voltadas para que o serviço público em questão concretize-se.

A contratação sem concurso público para as tarefas e atividades previstas em edital (p. 171 e ss), de natureza meramente técnicas e contínuas, atenta contra os princípios da impessoalidade, moralidade, probidade administrativa, legalidade e eficiência.

Por meio da oitiva dos requeridos pontuou-se como sendo a principal atividade o atendimento ao público, ou vistoria de veículos, quando é sabido que estes serviços não se confundem com a atribuição da gerente do órgão de trânsito, a qual, em suma, administra e gere a agência em que está lotada, não sendo razoável estender as atribuições de assessoramento a aquelas atividades.

Ainda das narrativas colhidas em audiência e transcritas acima em nada se coadunam, ainda, com os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, haja vista que a elaboração de novo edital para contratação através de concurso público de modo algum se enquadra no termo *"excepcional interesse público"*, uma vez que é possível a elaboração de seleção de servidores através de certame para determinadas regiões do Estado, caso esgotado os classificados no concurso anterior, em prazo muito inferior aos três anos, período este que em média os contratados permaneceram prestando serviço até a transferência do contrato para o Detran – MS.

Parece certa a necessidade de reordenamento do quadro de pessoal, a fim de elevar o número de servidores daquela central de atendimento, uma vez que a estrutura mantem-se a mesma desde o final da década de 80, o que sem dúvida não supre as necessidades de uma região em ampla expansão como é a região de Três Lagoas. Contudo, não é através de lei estadual em descompasso com a Constituição Federal que se passa a criar cargos sem concurso público e descrição específica da função, sob o manto da nomeação livre do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, pois, ainda assim, caracteriza-se como contratação irregular.

O testemunho da Sra. Gentília Alves Costa, inclusive, evidencia que Elias Teodoro dos Santos jamais exerceu o cargo de assessor ou chefe, mas tão somente era alocado em atribuições em que havia ausência de funcionários, permanecendo, segundo as demais testemunhas na vistoria de veículos.

Nessa senda, ainda, correta a colocação do juízo singular ao afirmar:

> *"(...) Veja-se que ele se apressou em afirmar que fazia, dentro do Detran, tudo que a gerente mandava. Desde uma simples vistoria veicular, passando pelo atendimento ao público, até a chefia de setores, sem conseguir se ater a uma atividade sequer, sem conseguir exemplificar sua atuação, sem conseguir traduzir a moralidade, transparência e publicidade que se espera de um servidor público. Para finalizar, após muita recalcitrância acabou esclarecendo que foi contratado mediante indicação do seu amigo Deputado Akira.*

> *São esses comportamentos que a Constituição Federal, com a regra do concurso público, pretende afastar.*
>
> *Um assessor é escolhido ou indicado por aquele que vai assessorar.*
>
> *Isso é óbvio. Se essa pessoa é indicada por outro qualquer, ou no caso por um Deputado, para trabalhar num órgão público fazendo as mais variadas tarefas não se pode afirmar que esteja, verdadeiramente, em cargo de assessoramento. (...)" p. 537*

É evidente o prejuízo da contratação sem concurso público e as implicações administrativa, pois há a quebrar dos diversos princípios constitucionais indicados acima, ainda mais quando comprovado nos autos a indicação para cargo que nada se assemelha ao de assessor, ou muito menos chefia, executando serviço diverso distante daquele que o teria nomeado e, portanto, sem o controle de sua eficiência, ainda mais se considerarmos que se trata de indicação de outra esfera de Poder Estadual – ou seja, o Legislativo – para a chefia direta da agência do Detran de Três Lagoas, no caso a Sra. Gentília Alves Costa, a qual não reunia qualquer poder de nomeação, ou não, de funcionários.

De outro vértice, correta também a explanação de que a contratação nos moldes aviados - precária e de livre exoneração - traduz não somente prejuízo para o serviço público mas ao próprio contratado, tolhido de diversos benefícios que a iniciativa privada lhe renderia em função de um regime celetista, mas por exercer a função de um concursado atua sem as benesses do regime estatutário, sendo privado de recolhimento de FGTS, intervalos regulares de trabalho, adicionais de insalubridade e periculosidade, acordos em convenções coletivas, e os mais diversos direitos previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas, ao passo que também não recebe vantagens de estabilidade de emprego, irredutibilidade de vencimentos, possibilidade de licenças (p. 359).

Esta instabilidade resultaria, no mais das vezes, em descontentamento do trabalhador e baixa produtividade no serviço, acarretando para a população, em última análise, deficiência na prestação da atividade pública.

Transcrevo as seguintes ementas do Supremo Tribunal Federal que confirmam o exposto:

> *"PROJETO DE LEI – INICIATIVA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO – EMENDA PARLAMENTAR – DESVIRTUAMENTO. A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa a projeto de lei de iniciativa exclusiva do Executivo leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal. CARGO PÚBLICO – PROVIMENTO – INADEQUAÇÃO. A teor do Verbete nº 685 da Súmula do Supremo, "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".* (ADI 3926, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2015, Acórdão Eletrônico DJe-182 Divulg 14-09-2015 Public 15-09-2015)
>
> *"Violação ao art. 37, II e V, da Constituição. Os cargos em comissão criados pela Lei 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF. Ação julgada procedente."* (ADI 3.706, rel. min. Gilmar Mendes, j. 15-8-2007, P, DJ de 5-10-2007.]= AI 309.399 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 20-3-2012, 1ª T, DJE de 23-4-2012)

Nos termos da norma transcrita acima somente poderão ocorrer nomeações para cargos em comissão para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. As nomeações supramencionadas descumprem o disposto na Constituição Federal, sendo que os cargos se deram para ocupação do cargo de técnico, não contemplado no ordenamento.

O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão ou funções de confiança (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial do Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável do Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros[4].

Logo, correta a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul na obrigação de fazer consistente na exoneração dos servidores nomeados para atuarem no Detran-MS em Três Lagoas sem concurso público, tendo em conta não serem abrangidas pelas exceções previstas na Constituição Federal, dos servidores Andrea de Queiroz Nogueira, Andressa Rodrigues Moreno, Carlos Eduardo de Lima, Hellen Pereira da Silva, Janaína Siqueira dos Santos, Luiz Fernandes de Siqueira, Silvana Lemos Alves e Tatielle Domingues Neves, os quais já foram exonerados, e inclusive o Sr. Elias Teodoro dos Santos, tendo em vistas as provas coligidas nos autos as quais afastaram qualquer das hipóteses de nomeação para assessoramento, chefia ou direção.

Acertada, ainda, a imposição ao apelante da obrigação de não fazer consistente em não prover mais cargos mediante a contratação direta, sem concurso público, fora das exceções previstas na Constituição Federal, qual sejam contratação temporária prevista em lei, cargos comissionados de assessoramento, chefia e direção, não existindo qualquer reparo a sentença por julgamento além do que foi pedido (*ultra petita*).

Diante do exposto, conheço do agravo retido e da apelação e nego provimento a ambos os recursos, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao agravo retido e negaram provimento ao recurso, 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, 28 de setembro de 2016.

***

4 ADI 945 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1993, DJ 19-12-2006 PP-00034 Ement. Vol-02261-01 PP-00064

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0803002-47.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO, CUMULADO COM REINTEGRAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO, INDENIZAÇÃO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – DOIS CARGOS DE PROFISSIONAL DA SAÚDE – EXCEÇÃO TAXATIVA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – EXONERAÇÃO ENQUANTO GRÁVIDA – REINTEGRAÇÃO NO CARGO – PAGAMENTO DAS REMUNERAÇÕES NÃO RECEBIDAS PELO PERÍODO – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSOS IMPROVIDOS.

É lícita a acumulação remunerada de dois cargos públicos de profissional da saúde quando caracterizada a compatibilidade de horários, e inexiste fato concreto desabonador da eficiência no desempenho das funções.

Correta a condenação do apelante aos pagamentos das remunerações que a apelada deixou de receber por ocasião de sua exoneração de um dos cargos que ocupava, mesmo enquanto grávida.

Em se tratando de sentença publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, há de ser observado o disposto em seu artigo 85, § 11.

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 manter a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Município de Três Lagoas, nos autos da ação ordinário declaratória de nulidade de ato administrativo, cumulado com reintegração em cargo comissionado, indenização e pedido de tutela antecipada de n. 0803002-47.2015.8.12.0021 em que contende com Elenilsa Rodrigues de Paula Gomes, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

A recorrida cumulava dois cargos na Prefeitura Municipal de Três Lagoas, quais sejam, assessora técnica operacional da saúde e de enfermeira plantonista, fato este vedado pelo atual ordenamento jurídico, sendo o primeiro comissionado e o segundo estatutário efetivo, razão pela qual foi corretamente exonerada apenas da função comissionada, permanecendo no outro; e, ficou demonstrado pelo recibo de folha de pagamento da apelada que esta recebeu o pagamento de todas as verbas rescisórias referentes a exoneração.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando improcedente o pedido inicial, conforme arrazoado.

O apelo foi respondido, batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Município de Três Lagoas, nos autos da ação ordinário declaratória de nulidade de ato administrativo, cumulado com reintegração em cargo comissionado, indenização e pedido de tutela antecipada de n. 0803002-47.2015.8.12.0021 em que contende com Elenilsa Rodrigues de Paula Gomes, oferece recurso de apelação.

A recorrida propôs a presente demanda em desfavor do recorrente, alegando, sustentando, inicialmente, a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar a presente demanda; e, quanto aos fatos, alega, em síntese, que desde 01/08/2011 ocupava o cargo de assessora técnica operacional da saúde no Município de Três Lagoas, com jornada diária de trabalho das 06h às 12h e remuneração no valor de R$ 2.715,42; relata que em 16/02/2015 foi exonerada do cargo, vindo a saber depois, que quando foi despedida estava grávida; afirma que seu requerimento administrativo de reintegração ao cargo foi negado; sustenta que o exame realizado em 30/03/2015 apontou que sua gravidez era de 07 (sete) semanas, o que significa que quando foi exonerada, em 16/02/2015, já estava grávida; que além da gravidez não haveria outro motivo para ser despedida. Requereu, em sede de tutela antecipada, a reintegração ao cargo de assessora técnica operacional da saúde no Município de Três Lagoas e, no mérito, a confirmação da tutela e condenação em danos morais.

A tutela antecipada foi deferida (p. 34-39), determinando que o Município de Três Lagos, no prazo de 05 (cinco) dias, reintegrasse a requerente no mencionado cargo, garantindo-lhe a continuidade do contrato de trabalho, licença-maternidade de 04 (quatro) meses e, se previsto na legislação municipal, prorrogação legal de 60 (sessenta) dias da licença.

Houve interposição de agravo de instrumento (p. 45/46), ao qual foi negado seguimento pelo TJMS e em agravo regimental mantida a decisão (p. 324/337).

A parte dispositiva da sentença de procedência do pedido inicial está assim descrita:

> *"Por todo o exposto, confirmando a tutela antecipada deferida às fls. 34/39, julgo parcialmente procedentes os pedidos da presente demanda, para condenar o Município de Três Lagoas:*
>
> *a) a reintegrar a Requerente no cargo de Assessora Técnica Operacional da Saúde, garantindo-lhe a continuidade do contrato de trabalho, licença-maternidade de 04 (quatro) meses e, se previsto na legislação municipal, prorrogação legal de 60 (sessenta) dias da licença;*

b) a pagar à Requerente os valores relativos à respectiva remuneração, bem como os reflexos atinentes aos vencimentos, durante todo o período em que esteve de licença maternidade e na condição de servidora em regime de estabilidade provisória.

Como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os valores devidos deverão ter incidência de correção monetária, com termo inicial a data que deveria ter sido paga a remuneração, e juros moratórios a partir da citação, pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25/03/2015 e, a partir de então (26/03/2015), correção monetária pelo IPCA-E e juros moratórios com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, em 25/03/2015.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Isenta de custas e tratando-se de sucumbência mínima, condeno a Fazenda Pública ao pagamento dos honorários sucumbenciais ao patrono da Autora, que fixo, seguindo os parâmetros previstos no artigo 85, §§ 2º e 3º, I, do NCPC, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ex vi do § 3º, III, do art. 496 do Novo Código de Processo Civil, deixo de determinar o encaminhamento dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para reexame necessário.

Acaso seja interposto recurso de Apelação, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010, § 1º, NCPC).

Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante

para apresentar contrarrazões (art. 1.010, § 2º, NCPC).

Na sequência, com ou sem contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivemse com as baixas e anotações necessárias." (sic, p. 359)

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do presente apelo, recebo-o em seu efeito devolutivo (arts. 1.012, § 2º, V[1] e 1.013, do CPC/15), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC/15.

Inicialmente destaco que, embora não tenha constado na sentença a remessa necessária, em razão da condenação da Fazenda Pública Municipal, passo a apreciação do apelo em conjunto com o citado recurso obrigatório, ante a amplitude das matérias trazidas.

Cumulação de Cargos

Alega o recorrente que a recorrida cumulava dois cargos na Prefeitura Municipal de Três Lagoas, quais sejam, assessora técnica operacional da saúde e de enfermeira plantonista, fato este vedado pelo atual ordenamento jurídico, sendo o primeiro comissionado e o segundo estatutário efetivo, razão pela qual foi corretamente exonerada apenas da função comissionada, permanecendo no outro.

1 Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.
§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:
(...)
V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

De pronto, verifica-se que a pretensão recursal ora manifestada não prospera, porquanto é perfeitamente possível a acumulação remunerada dos dois cargos de profissional de saúde exercidos pela recorrida, desde que demonstrada a compatibilidade de horários, o que se observa no caso em tela.

Explico.

A regra constitucional é pela vedação de qualquer hipótese de acumulação de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários naqueles casos enumerados nas alíneas do inciso XVI, de seu artigo 37, transcreve-se:

> *"Art. 37.*
>
> *(...)*
>
> *XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:*
>
> *a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou cientifico;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;"*

Em comento a essa norma, é oportuno o ensinamento de Hely Lopes Meireles[2], in litteris:

> *"A própria Constituição, entretanto, reconhecendo a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, abriu algumas exceções à regra da não acumulação, para permiti-la expressamente quanto à cargo da Magistratura e do Magistério (art. 95, parágrafo único, I), a dois cargos de Magistério (art. 37, XVI, 'a'), a de um destes com outro, técnico e científico (art. 37, XVI, 'b'), e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas (art. 37, XVI, 'c', red. EC 34/01), contando que haja compatibilidade de horários (art. 37, XVI)".*

Como se percebe do apresentado, a própria Carta Magna reconhece a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica ou científica de determinados profissionais, aceitando a cumulação de cargos desde que haja compatibilidade de horários e configurada alguma das exceções previstas no inciso XVI, do artigo 37 da CF, dentre as quais está aquela prevista na alínea "c", à qual adequa-se perfeitamente o caso versado nestes autos.

Quanto ao primeiro requisito, qual seja, exercício de cargos públicos privativos de profissional da área de saúde, com profissões regulamentadas, não restam dúvidas de que este foi preenchido, já que ambos os cargos exercidos pela autora, são da esfera de saúde e o apelante não contesta, inclusive, ratifica o fato.

Restando constatado que a apelada atendia ao requisito de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, cabe analisar se há compatibilidade de horários para determinar a licitude da cumulação de cargos.

Da mesma forma, verifica-se que há compatibilidade de horários entre os cargos públicos em tela, isto porque, tanto na unidade básica de saúde como na unidade de pronto atendimento, a autora exercia o mister de enfermeira, e inclusive o crachá que usava nas unidades a intitulava como tal. A despeito de o

2 *In* **Direito Administrativo Brasileiro.** 30ª ed., Ed. Malheiros, 2005, pág. 427.

cargo ocupado, na unidade básica de saúde, ser chamado pelo Município de assessora técnica operacional da saúde, na prática era a requerente enfermeira, com todas as funções e atribuições inerentes à profissão.

Este relator já teve a oportunidade, inclusive, de se manifestar da mesma forma, por ocasião do julgamento de outro em que se discutia situação idêntica:

> *"EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – DOIS CARGOS DE PROFISSIONAL DA SAÚDE – EXCEÇÃO TAXATIVA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – IMPOSIÇÃO DE DEMISSÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO – REINTEGRAÇÃO NO CARGO - RECURSOS PROVIDOS. É lícita a acumulação remunerada de dois cargos públicos de profissional da saúde quando caracterizada a compatibilidade de horários, e inexiste fato concreto desabonador da eficiência no desempenho das funções."* (TJ/MS - 2ª Câmara Cível - Apelação Nº 0800259-26.2014.8.12.0045 - Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Julgamento: 18/11/2014)

Conforme corretamente fundamentado em primeiro grau, ao que se nota dos documentos que instruem os autos, como enfermeira plantonista na Unidade de Pronto Atendimento - UPA, matrícula 14977-2, na condição de servidora efetiva, a autora laborava com escala de plantão de 12X36 horas, de modo que trabalhava, em regra, das 18h00m às 06h00m e em outras ocasiões a partir das 12h00m, enquanto como enfermeira contratada, matrícula 17756, laborava na Unidade Básica de Saúde das 06h00m às 12h00m.

Especificamente sobre a limitação de jornada de trabalho e a necessidade de demonstração concreta de perda de eficiência no serviço público, confira-se aresto da Corte de Estrito Direito, em caso análogo que restou chancelada a violação de direito líquido e certo:

> *"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*
>
> *1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por servidor público estadual, pleiteando a acumulação de dois cargos públicos, sendo um de professor e outro de técnico de enfermagem.*
>
> *2. No caso concreto, concluiu a Administração Pública que, com a acumulação pretendida, o impetrante ultrapassaria a jornada 60 horas semanais, o que implicaria perda de eficiência no serviço público.*
>
> *3. O art. 37, XVI, da Constituição Federal, admite a acumulação de um cargo de professor e outro de técnico ou científico, bastando, tão somente, que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho.*
>
> *4. Cumpre à Administração Pública demonstrar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando apenas cotejar o somatório de horas trabalhadas. Precedentes do STJ.*
>
> *5. Agravo Regimental não provido."* (AgRg no RMS 43.396/AP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 25/09/2014)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. FISIOTERAPEUTA. PROFESSOR. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. EXEGESE DOS ARTIGOS 37, XVI, DA CF/88 E 1º DA LEI ESTADUAL 942/2005.*

> *Encontrando-se os cargos dentro do rol taxativo previsto na Constituição Federal, e comprovada a compatibilidade de horários para o seu exercício, não há falar em ilegalidade na sua acumulação. Exegese do art. 37, XVI, da CF, e do art. 1º da Lei nº 942/2005 do Estado do Amapá. Agravo regimental desprovido."* (STJ, AgRg no RMS 31398 / AP, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 2010/0011514-8, Relator(a) Ministro Félix Fischer, Órgão Julgador T5 - Quinta Turma, Data do Julgamento 02/09/2010). (Destaquei).

A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, com supedâneo no art. 37, XVI, "c", da Constituição Federal, admite a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas, bastando tão somente que o servidor comprove a compatibilidade entre os horários de trabalho, a teor do que preceitua o § 2º, do art. 118, da Lei n. 8.112/90.

Nesse compasso, firme nas assertivas acima lançadas e no fato de que no caso em análise comporta uma peculiaridade, qual seja, o fato de que a autora foi despedida quando já estava grávida, conforme o exame médico de página 30, que atesta que em 30/03/2015 ela já estava gestante de 07 (sete) semanas, que retroagindo no tempo, levaria a data anterior ao dia 16/02/2015, data do desligamento de seu cargo, e diante da estabilidade provisória da servidora gestante contratada anteriormente a título precário, deverá o administrador público efetivamente reintegrar a autora e pagar-lhe a licença-maternidade no respectivo período.

Logo, tenho que não se faz necessária a reforma da sentença recorrida, ratificando a legalidade da acumulação dos referidos cargos ocupados pela recorrida, compreensão esta que, aliás, tem respaldo no posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS. ÁREA DA SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS VERIFICADA NA ORIGEM. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO VIABILIZA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.3.2012. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem não divergiu da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que, compatíveis os horários, é possível a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde. Divergir da posição adotada pela Corte a quo, acerca da compatibilidade de horários dos cargos a serem acumulados, exige a reelaboração do quadro fático delineado, o que é vedado a esta instância extraordinária. Aplicação da Súmula 279/STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Precedentes. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate. Agravo regimental conhecido e não provido."* (RE 679027 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)

E a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

> *"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE MÉDICO. MEDICINA VETERINÁRIA. EXEGESE. INADMISSIBILIDADE.*
>
> *- A Constituição da República consagra o princípio geral da inacumulação de cargos públicos, excepcionando apenas as hipóteses nela exaustivamente previstas, dentre elas a de dois cargos privativos de médicos (art. 37, XVI, "c"). (....)".* (STJ - RMS 7889/ RJ – Sexta Turma – Ministro Vicente Leal – julgado em 03.06.1997 – publicado no DJU em 26.10.1998).

> *"(....) Embora seja regra a proibição de cumulação de cargos públicos, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XIV, elenca as exceções possíveis, dentre elas a cumulação de dois cargos privativos de profissionais da saúde, desde que haja compatibilidade de horários, caso dos autos. Não conheceram do apelo e, em reexame necessário, mantiveram a sentença".* (TJRS - Apelação e Reexame Necessário N. 70022570899 - Terceira Câmara Cível - Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 28/02/2008).

> *"(...) A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XVI, alínea "c", assegura a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, desde que haja compatibilidade de horários. (...)".* (TJDF – Agravo de Instrumento n. 2007.00.2.011474-0 – Sexta Turma Cível – Relatora: Desª Ana Maria Duarte Amarante – julgado em 14.11.2007 – publicado no DJU em 04.12.2007).

> *"AÇÃO DECLARATÓRIA - CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS - MÉDICA MILITAR - EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL - POSSIBILIDADE. A regra constitucional é pela vedação de qualquer hipótese de acumulação remunerada de cargos públicos, exceto a de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro de técnico ou científico ou a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quando, em qualquer dos casos, houver compatibilidade de horários. (...)".* (TJMG – Apelação Cível e Reexame Necessário n. 1.0024.04.498457-3/001 – Oitava Câmara Cível – Relatora: Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto – julgado em 06.04.2006 – publicado em 02.08.2006).

Dos Pagamentos Devidos

Por último, o suplicante assevera que ficou demonstrado pelo recibo de folha de pagamento da apelada que esta recebeu o pagamento de todas as verbas rescisórias referentes a exoneração.

Ocorre que os pagamentos a que o apelante foi condenado não dizem respeito às verbas rescisórias, mas sim às remunerações que a apelada deixou de receber por ocasião de sua exoneração de um dos cargos que ocupava, mesmo enquanto grávida, conforme se pode observar da transcrição da parte final da sentença:

> *"b) a pagar à Requerente os valores relativos à respectiva remuneração, bem como os reflexos atinentes aos vencimentos, durante todo o período em que esteve de licença maternidade e na condição de servidora em regime de estabilidade provisória." (sic, p. 359)*

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Honorários Recursais

Em se tratando de sentença publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, há de ser observado o disposto em seu artigo 85, § 11:

> *"A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *(...)*
>
> *§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.»*

Neste sentido:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO PÚBLICO. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. OMISSÃO INEXISTENTE. "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" (Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça). Embargos declaratórios desacolhidos."* (TJ-RS - ED: 70069790418 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 16/06/2016, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2016)

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, na obra "Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo[3]", assim lecionaram sobre o tema:

> *"Esse dispositivo busca atingir duas finalidades. A primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais. De outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado.*
>
> *A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo como remuneratório. Digno de nota, é que esse caráter punitivo aparecia de forma mais enfática na Redação do Senado Federal (PLS 166/2010), ao expressamente considerar 'quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão'.*
>
> *Prevaleceu, como se vê, a natureza remuneratória, especialmente porque se acrescentou a possibilidade de fixação de honorários advocatícios para as hipóteses em que o recurso seja provido. Se o autor, por exemplo, tiver sua ação julgada improcedente pelo juízo de 1º grau e for condenado ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10%, sendo provido o seu recurso de apelação, além da inversão do ônus de sucumbência, o tribunal fixará honorários recursais, no limite de até 10% (considerando que o percentual máximo para a fase de conhecimento é de 20%)." (sic)*

Logo, em vista da baixa complexidade da questão trazida no recurso, do pouco tempo de sua duração em segundo grau de jurisdição e do local de prestação do serviço, ou seja, interposição em Município da mesma localidade do escritório dos advogados dos apelados e julgamento no Tribunal em cidade diversa; atendendo, os itens I, II, III e IV, do § 2º, do artigo 85[4], do Código de Processo Civil/2015, condeno o recorrente ao pagamento de honorários recursais de 1% sobre o valor da condenação, em favor dos causídicos contratados pela autora, montante que deverá ser somado aos honorários sucumbenciais já estabelecidos em primeiro grau (10% sobre a condenação).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação e à remessa necessária, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada. Por consequência, condeno o recorrente, Município de Três Lagoas, ao pagamento de honorários recursais de 1% sobre o valor da condenação, em favor dos causídicos contratados pela autora, montante que deverá ser somado aos honorários sucumbenciais já estabelecidos em primeiro grau (10% sobre a condenação).

---

3 **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo** / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier – 1ª ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015)

4 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)
§ 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço;
III - a natureza e a importância da causa;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e mantiveram a sentença em reexame necessário, 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, 28 de setembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0822746-93.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DIREITO REAL SOBRE IMÓVEL OCUPADO POR TERCEIROS – INEXISTENTE – PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – ARGUIÇÃO DE NULIDADE – NÃO CONHECIDA – DEVE SER OPOSTA PERANTE O JUÍZO QUE JULGOU AQUELA AÇÃO, EM MEDIDA JUDICIAL PRÓPRIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

A sentença proferida nos autos da Ação Indenizatória com Desapropriação Indireta nº 0041885-79.2003.8.12.0001, transitada em julgado, constitui óbice ao direito pleiteado, visto que consolidou a propriedade do imóvel em favor do Município de Campo Grande.

Eventual irresignação quanto à sentença proferida naquela ação desapropriatória poderia ou antes deveria lá ser feita e ou na Execução de Sentença nº 0013640-43.2012.8.12.0001, da mesma forma que a arguição de *querela nullitatis* demandaria medida judicial própria com essa finalidade, não podendo aqui ser conhecida.

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, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Soraya Villa Maior dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face de Thalisson Ray da Silva Freire e Maísa Aparecida Correia, pretendendo a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível de Campo Grande, que julgou improcedente a ação reivindicatória movida pela apelante.

Alega ser proprietária, desde 1961, do lote 11, da quadra 7, situado à Rua Lindóia (antiga Rua Valdes de Carvalho), Vila Bosque da Saúde, neste Município, imóvel que lhe foi transmitido por meio de escritura pública de doação, realizada por Hugo Zapata Alvizuri e sua esposa, conforme certidão de transcrição imobiliária de f. 15.

Defende que possui o direito real de propriedade, de modo que referido transmitente e sua esposa não teriam legitimidade para pleitear indenização por desapropriação indireta em face do Município de Campo Grande, como ocorreu nos autos nº 0041885-79.2003.8.12.0001, da qual a apelante deveria ter participado.

Requer o reconhecimento de sua legitimidade nesta ação e, em razão da ausência de citação naquele feito, argui *querela nullitatis*, alegando nulidade da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública em relação a ela.

Em contrarrazões, os apelados fazem referência à mesma ação indenizatória com desapropriação indireta, aduzindo que lá foi reconhecido que os lá requerentes eram os respectivos proprietários dos imóveis objeto daquele feito, culminando no julgamento procedente, em que fixada indenização e determinada expedição de mandado de registro imobiliário em nome do Município de Campo Grande. Assim, afirmam que o ente público é o atual proprietário do imóvel, sendo que eventual irresignação com respeito àquela ação deveria ser remetida às vias adequadas. Pugnaram, portanto, pela manutenção da sentença e desprovimento do recurso.

VOTO 20/09/2016

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Soraya Villa Maior dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face de Thalisson Ray da Silva Freire e Maísa Aparecida Correia**,** pretendendo a reforma da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível de Campo Grande, que julgou improcedente a ação reivindicatória movida pela apelante.

Alega ser proprietária, desde 1961, do lote 11, da quadra 7, situado à Rua Lindóia (antiga Rua Valdes de Carvalho), Vila Bosque da Saúde, neste Município, imóvel que lhe foi transmitido por meio de escritura pública de doação, realizada por Hugo Zapata Alvizuri e sua esposa, conforme certidão de transcrição imobiliária de f. 15.

Defende que possui o direito real de propriedade, de modo que referido transmitente e sua esposa não teriam legitimidade para pleitear indenização por desapropriação indireta em face do Município de Campo Grande, como ocorreu nos autos nº 0041885-79.2003.8.12.0001, da qual a Apelante deveria ter participado.

Requer o reconhecimento de sua legitimidade nesta ação e, em razão da ausência de citação naquele feito, argui *querela nullitatis*, alegando nulidade da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública em relação a ela.

Em contrarrazões, os apelados fazem referência à mesma ação indenizatória com desapropriação indireta, aduzindo que lá foi reconhecido que os lá requerentes eram os respectivos proprietários dos imóveis objeto daquele feito, culminando no julgamento procedente, em que fixada indenização e determinada expedição de mandado de registro imobiliário em nome do Município de Campo Grande. Assim, afirmam que o ente público é o atual proprietário do imóvel, sendo que eventual irresignação com respeito àquela ação deveria ser remetida às vias adequadas. Pugnaram, portanto, pela manutenção da sentença e desprovimento do recurso.

Primeiramente, anoto que o presente recurso será apreciado com base no Código de Processo Civil de 1973, tendo sido interposto e sentença apelada proferida sob sua égide.

O recurso deve ser desprovido.

A despeito das alegações da apelante, entendo que não possuem o condão de elidir os fundamentos lançados pelo Juízo *a quo*, de forma que a sentença deve prevalecer.

Em que pese o documento de f. 15, que indicaria a doação do imóvel em questão para a recorrente, a Sentença proferida nos autos da ação indenizatória com desapropriação indireta nº 0041885-79.2003.8.12.0001, transitada em julgado, evidentemente constitui óbice ao direito aqui pleiteado.

É que o juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública de Campo Grande reconheceu Hugo Zapata Alvizuri como proprietário do imóvel objeto desta reivindicatória. Com a procedência quanto a desapropriação, a propriedade foi consolidada em favor do Município de Campo Grande.

Em razão do referido provimento jurisdicional, revestido da qualidade e caráter de coisa julgada, a improcedência reconhecida pelo Juízo de origem mostra-se lógica e coerente, diante da falta de legitimidade da autora, em razão de não ser (mais) a proprietária do imóvel.

Eventual irresignação quanto à sentença proferida naquela ação desapropriatória poderia ou antes deveria lá ser feita e ou na execução de sentença nº 0013640-43.2012.8.12.0001, da mesma forma que a arguição de *querela nullitatis* demandaria medida judicial própria com essa finalidade.

Portanto, a pretensão de reconhecimento da nulidade daquela sentença não pode aqui ser conhecida, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica e em razão de ser questão prévia à ação em tela, impondo-se seja arguida perante o Juízo que julgou a ação e atribuiu a propriedade do imóvel em favor do Município de Campo Grande.

Ante o exposto, não conheço da Arguição de Nulidade da Sentença proferida nos autos nº 0041885-79.2003.8.12.0001 e, quanto ao mais, nego provimento ao presente Recurso de Apelação, mantendo integralmente a sentença de origem.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Fernando), após o relator conhecer em parte do recurso e, netsa, extensão, negar-lhe provimento. O 2º vogal aguarda.

VOTO 27/09/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(1º vogal):

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Soraya Villa Maior dos Santos, contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nesta ação reivindicatória movida em face de Thalisson Ray da Silva Freire e outro, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em síntese, alega a apelante que: é proprietária, desde 1961, do lote 11, da quadra 7, situado à Rua Lindóia (antiga Rua Valdes de Carvalho), Vila Bosque da Saúde, neste Município, imóvel que lhe foi transmitido por meio de escritura pública de doação, realizada por Hugo Zapata Alvizuri e sua esposa, conforme certidão de transcrição imobiliária de f. 15; possui o direito real de propriedade, de modo que referido transmitente e sua esposa não teriam legitimidade para pleitear indenização por desapropriação indireta em face do Município de Campo Grande, como ocorreu nos autos nº 0041885-79.2003.8.12.0001, da qual a apelante deveria ter participado e; requer o reconhecimento de sua legitimidade nesta ação e, em razão da ausência de citação naquele feito, argui *querela nullitatis*, alegando nulidade da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública em relação a ela.

Pede, nesse contexto, a reforma da sentença (f. 152/173).

Em contrarrazões, os recorridos protestam pela manutenção do *"decisum"* (f. 177/183).

Em sessão de julgamento realizada no dia 20.09.2016, o i. relator, desembargador Nélio Stábile, não conheceu da nulidade da sentença proferida nos autos n.º 0041885-79.2003.8.12.0001 e negou provimento ao recurso de apelação cível, mantendo inalterada a decisão combatida.

Pedi vista dos autos para que pudesse melhor analisar a matéria discutida, após a qual cheguei à conclusão idêntica à apontada pelo i. relator, motivo pelo qual acompanho a conclusão do voto condutor, apenas pedindo licença para tecer algumas ponderações.

De início, convém ressaltar que, de fato, não assiste razão à recorrente quando alega que possui direito real do propriedade, pois conforme verifica-se dos autos de n. 0041885-79.2003.8.12.0001, que tramitaram perante a 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que o Lote n. 11, da Quadra 07, foi objeto de ação indenizatória com desapropriação indireta, no qual litigavam Hugo Zapata Alvizuri - antigo proprietário do terreno - e Sociedade Imobiliária Sumaré Ltda S/C em face do Município de Campo Grande-MS.

Observa-se que, a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido naqueles autos, extrai-se que foi determinado o pagamento de indenização por parte da municipalidade para os autores daquela demanda, em razão do reconhecimento da desapropriação dos lotes discutidos, incluído o Lote n. 11, Quadra 07, objeto destes autos (f. 46-60).

Assim, destaca-se, inclusive, que a referida sentença determinou fosse expedido o respectivo mandado de registro imobiliário.

Por tal, diante do recurso pendente perante o STJ (REsp 1.154.751-MS), em consulta ao portal daquele Sodalício, constatou-se o trânsito em julgado daquela sentença, que se deu em 02/05/11, tendo, inclusive, originado o processo de Execução contra a Fazenda Pública de n. 0013640-43.2012.8.12.0001, que tramitou na mesma vara de origem da ação principal, estando atualmente arquivado.

Assim, percebe-se que com o trânsito em julgado, a sentença naqueles autos está amparada pelo manto da coisa julgada, sendo portanto o Município de Campo Grande o legítimo proprietário do terreno Lote n. 11, Quadra 07, e não a requerente.

Portanto, sem maiores delongas, deve ser mantida, em sua íntegra, a sentença recorrida.

"Ex positis", com o adendo dessas pequenas considerações, acompanho o relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.(2º vogal):

Acompanho o voto do Relator.

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. 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 e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800441-75.2013.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL COMBINADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – 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 FORMA SIMPLES – DANOS MORAIS MANTIDOS – MANUTENÇÃO DA MULTA PELO INTUITO PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECURSO PROVIDO 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 supre a autorização dos CEE em local diverso.

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, uma vez que se configuraria "*bis in idem"* com a condenação por danos morais.

Os embargos declaratórios opostos com o intuito de manifestar inconformismo ou rediscutir o julgado evidencia seu caráter protelatório, devendo ser aplicada multa.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria José Nunes Correa contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista (f. 247/258), nos autos de ação ordinária ajuizada por Vania Cristina Benitez Deniz, que julgou procedente o pedido inicial, resolvendo o contrato entabulado entre as partes e condenando a requerida apelante a restituir, em dobro, os valores pagos pela apelada,

devidamente corrigidos. Condenou-a, 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.

A apelante aduz que a sentença é equivocada, porque, ainda que o Conselho Estadual de Educação tenha declarado irregularidades da atividade da empresa Teixeira e Araujo Eventos e Cursos Ltda. no Estado, a informação foi corrigida, aduzindo que o curso estava regular, com o devido credenciamento nos órgãos competentes. Argumenta que a escola técnica Residência Saúde está devidamente credenciada para ofertar o curso. Afirma que a Secretaria de Estado da Educação e do Esporte de Alagoas reconhece e credencia o curso de enfermagem questionado e que aquele está cadastrado no SISTEC, garantindo, assim, a validade nacional dos diplomas expedidos e registrados na instituição de ensino. Explica que para funcionamento, o curso não necessita de autorização e sim de mera anuência ciência do CEE/MS, o que existe. Também menciona que o MEC autorizou o oferecimento do curso na modalidade EAD, razão porque os pedidos iniciais devem sem improcedentes. Destaca que a sentença também é equivocada quando menciona a necessidade de deslocamento até o Estado de Alagoas para regularização, uma vez que *"nenhum conselho regional pode negar o registro dos egressos do curso de enfermagem oferecido pela Residência Saúde*", consoante já consignou o COFEN ,afirmando, ainda, que por possuir todas as chancelas para funcionamento, "*não precisa do reconhecimento de cada Estado da Federação, através do Conselho Regional de enfermagem, para o funcionamento de polos de apoio presencial desse curso na modalidade EAD"* e que o COREN/MS negou o cumprimento, sem qualquer fundamento legal. Alega que os alunos que finalizaram o curso tiveram seus registros efetivados junto ao Conselho Regional, tendo a apelada agido precipitadamente ao abandonar o curso e distribuir a presente ação. Também menciona que não houve descumprimento ao Decreto 5.622/05 ou á Deliberação 9.000/09 do CEE/MS como constou da sentença. Elencou alunos que finalizaram o curso e realizaram os registros (f. 344), reafirmando que o diploma é válido, não expedido para a apelada, porque aquela não concluiu o curso, reverberando que não houve omissão de informações aos alunos quando a suposta inadequação do curso. Quanto a devolução em dobro das mensalidades pagas, deve ser revista a sentença, afirmando que a cobrança foi devida e mesmo com eventual rescisão do contrato não haveria restituição. Aduz que a multa aplicada em razão dos embargos de declaração não pode subsistir, porque a sentença é contraditória e os embargos não tinham cunho protelatório, ainda que mantida integralmente a decisão. Postula pelo provimento ao recurso, com julgamento de improcedência da ação. Requer a Justiça Gratuita.

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)

Consoante consta em relatório, trata-se de apelação interposta por Maria José Nunes Correa contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista (f. 247/258), nos autos de ação ordinária, ajuizada por Vania Cristina Benitez Deniz, que julgou procedente o pedido inicial, resolvendo o contrato entabulado entre as partes e condenando a requerida apelante a restituir, em dobro, os valores pagos pela apelada, devidamente corrigidos. Condenou-a, 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. Em razão de embargos de declaração considerados protelatórios, condenou-a, ainda, ao pagamento da multa no percentual de 1% sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

A apelante aduz que a sentença é equivocada, porque ainda que o Conselho Estadual de Educação tenha declarado irregularidades da atividade da empresa Teixeira e Araújo Eventos e Cursos Ltda no Estado, a informação foi corrigida, aduzindo que o curso estava regular, com o devido credenciamento nos órgãos competentes. Argumenta que a escola técnica Residência Saúde está devidamente credenciada para ofertar o curso. Afirma que a Secretaria de Estado da Educação e do Esporte de Alagoas reconhece e credencia o curso de enfermagem questionado e que aquele está cadastrado no SISTEC, garantindo, assim, a validade nacional dos diplomas expedidos e registrados na instituição de ensino. Explica que para funcionamento, o curso não necessita de autorização e sim de mera anuência ciência do CEE/MS, o que existe. Também menciona que o MEC autorizou o oferecimento do curso na modalidade EAD, razão porque os pedidos iniciais devem sem improcedentes. Destaca que a sentença também é equivocada quando menciona a necessidade de deslocamento até o Estado de Alagoas para regularização, uma vez que *"nenhum conselho regional pode negar o registro dos egressos do curso de enfermagem oferecido pela Residência Saúde*", consoante já consignou o COFEN, afirmando, ainda, que por possuir todas as chancelas para funcionamento, "*não precisa do reconhecimento de cada Estado da Federação, através do Conselho Regional de enfermagem, para o funcionamento de polos de apoio presencial desse curso na modalidade EAD"* e que o COREN/MS negou o cumprimento, sem qualquer fundamento legal. Alega que os alunos que finalizaram o curso tiveram seus registros efetivados junto ao Conselho Regional, tendo a apelada agido precipitadamente ao abandonar o curso e distribuir a presente ação. Também menciona que não houve descumprimento ao Decreto 5.622/05 ou à Deliberação 9.000/09 do CEE/MS como constou da sentença. Elencou alunos que finalizaram o curso e realizaram os registros (f.344), reafirmando que o diploma é válido, não expedido para a apelada, porque aquela não concluiu o curso, reverberando que não houve omissão de informações aos alunos quando a suposta inadequação do curso. Quanto a devolução em dobro das mensalidades pagas, deve ser revista a sentença, afirmando que a cobrança foi devida e mesmo com eventual rescisão do contrato não haveria restituição. Aduz que a multa aplicada em razão dos embargos de declaração não pode subsistir, porque a sentença é contraditória e os embargos não tinham cunho protelatório, ainda que mantida integralmente a decisão. Postula pelo provimento ao recurso, com julgamento de improcedência da ação.

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.*

Reputo necessário anotar que, nada obstante a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) ter entrado em vigor em 18.03.2016, ao presente caso são de ser aplicadas as disposições do Código de Processo Civil de 1973.

Tenho que o presente recurso merece parcial provimento.

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.

Inicialmente, 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 requerida Teixeira e Araújo Eventos e Cursos Ltda 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 efetuar o registro. Ademais, não há relatos de que a apelante e aquela requerida 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, 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 nutrição e dietética. Por essa razão, reconheço o direito daquela à percepção da indenização por dano moral, o qual deve permanecer no montante estabelecido pela Sentença de primeiro grau.

Quanto a 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 a devolução dos valores pagos pela apelada, tenho que os mesmos devem ser ressarcidos de forma simples.

Por derradeiro, tenho que a multa aplicada à 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 posicionamento 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 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).

Diante do exposto, a manutenção da multa imposta em sede de embargos de declaração pelo juízo de primeiro grau é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Maria José Nunes Corrêa e dou-lhe 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 requerida concernentes ao negócio, consignando que a restituição será simples, com as correções conforme constou da sentença, permanecendo inalterada quanto às demais insurgências.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 08 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407732-81.2016.8.12.0000 - Mundo Novo
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM FAIXA DE RODOVIA FEDERAL – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – SÚMULA 150 DO STJ – CONTRATO COM A UNIÃO, POR INTERMÉDIO DA ANTT – RECURSO DESPROVIDO.

A fixação sobre necessidade ou não de presença da União ou Autarquia Federal na ação deve ser feita perante o Juízo Federal, bem como a manifestação do ente público deve ser lá oportunizada, conforme Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça.

A questão central não é a existência de interesse direto da União, e sim que a área objeto da ação pertence à União, a agravante é concessionária federal, responsável por rodovia federal.

Por expressa previsão contratual, a Concessionária responde perante a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, autarquia federal; caso não cumpra, por exemplo, sua obrigação de coibir ocupação ilegal na rodovia objeto da concessão, pode ter o contrato rescindido, o que ocorreria, por evidente, perante Juízo Comum Federal.

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, vencido o 2º vogal, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator, em subst. legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. interpõe o presente Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de Movimento Força Nacional de Luta - F.N.L., irresignada contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Mundo Novo, que declinou da competência para processar e julgar a ação nº 0800611-03.2016.8.12.0016, em que a autora, ora agravante, pretende a reintegração de posse em faixa da BR-163 ocupada irregularmente pelo Requerido.

Alega que não há interesse da União na ação ajuizada, sendo desnecessária intervenção de órgão federal, visto que a agravante foi incumbida, pela União, de gerir a BR 163. Assim, o feito deveria prosseguir na Justiça Estadual.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 37/38).

O agravado deixou de manifestar-se (f. 44).

VOTO 27/09/2016

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

I – Conforme relatado, Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de Movimento Força Nacional de Luta - F.N.L., irresignada contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Mundo Novo, que declinou da competência para processar e julgar a ação nº 0800611-03.2016.8.12.0016, em que a Autora, ora Agravante, pretende a reintegração de posse em faixa da BR-163 ocupada irregularmente pelo Requerido.

Alega que não há interesse da União na ação ajuizada, sendo desnecessária intervenção de órgão federal, visto que a Agravante foi incumbida, pela União, de gerir a BR 163. Assim, o feito deve prosseguir na Justiça Estadual.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f.37/38).

O Agravado deixou de manifestar-se (f.44).

II – O recurso deve ser desprovido.

A despeito dos argumentos esposados pela Agravante, não possuem o condão de elidir os fundamentos lançados pelo Juízo *a quo*.

A Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe:

> *Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.*

Daí depreende-se que a fixação sobre necessidade ou não de presença da União ou autarquia federal na ação deve ser feita pelo Juízo Federal, bem como a manifestação do ente público deve ser lá oportunizada.

De qualquer forma, a área objeto da ação pertence a União, sendo que a questão central não é a existência de interesse direto da União; antes, o fato de a Agravante ser concessionária federal, responsável por rodovia federal.

Por expressa previsão contratual, a Recorrente responde perante a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, autarquia federal; caso não cumpra, por exemplo, sua obrigação de coibir ocupação ilegal na rodovia objeto da concessão, pode ter o contrato rescindido. E o seria, por evidente, perante Juízo Comum Federal.

O contrato que sustenta a responsabilidade e legitimidade da Agravante na pretensão de origem tem por contratante "a União, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres" (f. 20 dos autos de origem), sendo que a Lei Federal nº 8.987/1995 fixa as responsabilidades do poder concedente:

> *Art. 29. Incumbe ao poder concedente:*
>
> *I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;*
>
> *II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;*
>
> *III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;*
>
> *IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;*

> *V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;*
>
> *VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;*
>
> *VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;*
>
> *VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;*
>
> *IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;*
>
> *X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;*
>
> *XI - incentivar a competitividade; e*
>
> *XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.*

Diante do contexto fático em questão e do que dispõe a Lei, seria desarrazoado concluir que a ação de origem não se subsume ao disposto no artigo 109, I, da Constituição da República, de forma que deve ser negado provimento ao recurso.

III – Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Fernando), após o Relator negar provimento ao recurso. O 2º Vogal aguarda.

VOTO 04/10/2016

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal)

Após ter análise dos autos, hei por bem em acompanhar o Preclaro Relator, para declinar da competência para a Justiça Estadual.

Isso porque, a Súmula 150 do STJ, que serviu de fundamento para a declinação da competência para a Justiça Federal, não deixa dúvidas de que compete àquele Tribunal definir se há ou não interesse jurídico que justifique a intervenção da União nos autos, consoante se vê:

Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas.

Assim, ainda que seja de conhecimento público que houve concessão da rodovia federal, somente a Justiça Federal poderá definir se há ou não necessidade da União ou uma de suas autarquias, intervirem na presente demanda de reintegração de posse.

Não sendo permitido a esta Justiça Comum definir sobre tal questão, impossível se torna acolher o pleito do agravante.

Dito isso, acompanho o douto Relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º vogal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida em ação de reintegração de posse ajuizada por Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A em face do Movimento Força Nacional de Luta – FNL, que reconheceu a incompetência da Justiça Estadual, rementendo o feito à Justiça Federal.

A concessionária de serviço público na exploração da rodovia federal BR 163, sustenta que a parte requerida ocupa irregularmente área localizada em faixa de domínio de sua concessão. Assevera que, ao receber a concessão, assume a posse direta da rodovia e da faixa de domínio, podendo nesta condição defender a posse de tais áreas, em nome próprio, sem intervenção da União.

O e. Relator Des. Nélio Stábile, negou provimento ao recurso.

Peço vênia para divergir.

Verifica-se dos autos que a União, mediante contrato de concessão de exploração de rodovia federal firmado com o agravante, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), outorgou-lhe a posse direta sobre o bem (BR-163, trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná) e a responsabilidade pela utilização e conservação da rodovia.

O Poder Público, portanto, transferiu ao particular o desempenho da atividade que lhe competia, cabendo à concessionária praticar os atos necessários à defesa dessa posse.

É o que se extrai do contrato de concessão:

> *"[...]*
>
> *9.2 Desocupações da faixa de domínio*
>
> *9.2.1 A Concessionária é responsável por manter a integridade da faixa de domínio do Sistema Rodoviário, inclusive adotando as providências necessárias à sua desocupação se e quando* ***invadida por terceiros****." - destaquei*

Assim, o fato da rodovia ter sido concedida à agravante por contrato de concessão celebrado com a União Federal não tem o condão de levar o presente litígio, que envolve possessória de faixa de domínio, para a Justiça Federal, de acordo com o art. 109, I, da CF.

Não se está discutindo na presente demanda a relação jurídica contratual entre a agravante, concessionária, e a concedente (União), por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o que poderia demonstrar o interesse jurídico para intervir como assistente.

Nesse cenário, verificada a existência de esbulho possessório em relação à faixa de domínio à rodovia, caberia à ANTT, na condição de agência reguladora, somente zelar pelo cumprimento das obrigações estabelecidas contratualmente com a concessionária, fiscalizando a atuação daquela entidade no que se refere à manutenção dos bens arrendados. Trata-se, portanto, de mero interesse reflexo e indireto.

Nesse sentido:

> *"JUSTIÇA GRATUITA. Concessão da benesse apenas para fins de apreciação deste recurso. Pleito que deve ser deduzido perante o juízo a quo, a fim de que não haja supressão de instância. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. Ação de reintegração de posse movida por concessionária de rodovia. Alegação de incompetência absoluta que deveria constar da contestação. Inteligência dos arts. 112 e 113 do CPC. Ademais, simples fato da rodovia ter sido concedida por meio de contrato de concessão celebrado com a União Federal que não teria o condão de levar o litígio para a Justiça Federal. Agravante que assumiu a posse direta da rodovia e da faixa de domínio, podendo defender a posse dessas áreas em nome próprio. Competência da Justiça Estadual. Precedente. Recurso improvido."* (TJ-SP - AI: 22532301720158260000 SP 2253230-17.2015.8.26.0000, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 16/02/2016, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 16/02/2016)

> *"EMENTA: AGRAVO INOMINADO PELA PARTE RÉ - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM IMÓVEL - 1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR O FEITO - NÃO ACOLHIMENTO - CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA BR-166 - CONCESSIONÁRIA, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTICULARES - MATÉRIA ATINENTE À POSSE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - 2. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA - NÃO ACOLHIMENTO - PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES DO AUTOR E PERIGO DE DANO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - 3. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO DA PARTE AUTORA QUE DEVE SER MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO."* (TJ-PR - AGR: 1331217501 PR 1331217-5/01 (Acórdão), Relator: Tito Campos de Paula, Data de Julgamento: 25/02/2015, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1526 16/03/2015)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PEDIDO DE LIMINAR, REINTEGRANDO A AGRAVADA NA POSSE DO IMÓVEL E DETERMINANDO QUE O AGRAVANTE DESFAÇA A OBRA REALIZADA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. REJEITADAS AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, BEM COMO AFASTADA A PREJUDICIAL DE MÉRITO DA PRESCRIÇÃO. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. DESNECESSIDADE. I - Inicialmente, cumpre afastar a preliminar, suscitada pelo Agravante, de ilegitimidade ativa da Agravada (VIA BAHIA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A) para ajuizar a ação originária de Reintegração de Posse, porquanto, o art. 34, inciso I, da Lei nº 9.074/1995 (que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos), expressamente preceitua que: "A concessionária que receber bens e instalações da União, já revertidos ou entregues à sua administração, deverá: I - arcar com a responsabilidade pela manutenção e conservação dos mesmos". Preliminar de ilegitimidade ativa, portanto, rejeitada. II - Com referência à preliminar de incompetência da Justiça Estadual, é necessário ponderar, em exame sumário dos fólios, que o feito originário cuida-se de proteção do patrimônio concedido, de responsabilidade da empresa Agravada, tratando-se de discussão em torno de interesses de ordem privada. Nesse passo, não se questiona a relação jurídica contratual entre a concessionária (Agravada) e a pessoa jurídica concedente (União), regida pelas normas de direito administrativo. Ressalte-se, ainda, que "concessionária de serviço público federal" não faz parte do rol taxativo previsto no art. 109, inciso I, da CF/1988 (que elenca as hipóteses de competência da Justiça Federal). Preliminar de incompetência da Justiça Estadual, deste modo, rejeitada. III - No tocante à prejudicial de mérito de*

> *prescrição (trienal ou quinquenal), suscitada pelo Agravante, cumpre esclarecer que sendo a área litigiosa objeto da reintegração de posse uma área pública, em virtude Contrato de Concessão firmado pela Agravada com a União (através da ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres), não há que se falar em prescrição, visto que "A ocupação irregular de bem público não pode ser classificada como posse. Trata-se de mera detenção, possuindo, portanto, natureza precária". IV - O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não é possível a posse de bem público, como no caso ora analisado, visto que "a indevida ocupação de bem público descaracteriza posse, qualificando mera detenção, de natureza precária", não havendo, deste modo, o que se reformar na decisão agravada. V - Impositiva é a manutenção do decisum agravado, em razão da ausência do fumus boni iuris, uma vez que o Agravante não trouxe aos autos instrumentais prova inequívoca da plausibilidade de suas alegações recursais, bem como em razão do entendimento pacificado nos Tribunais pátrios sobre o tema ora tratado. PRELIMINARES E PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADAS. RECURSO IMPROVIDO".* (TJ-BA - AI: 00086422520158050000, Relator: Carmem Lucia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 13/08/2015)

Logo, a competência é da Justiça Estadual.

Ante o exposto, peço vênia ao e. Relator para dar provimento ao recurso, reconhecendo a competente da Justiça Estadual para processamento e julgamento da ação ajuizada pela agravante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O 2º VOGAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 04 de outubro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0006561-06.1995.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CRÉDITO ROTATIVO) – AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo." (Súmula 233, Segunda Seção, julgado em 13/12/1999, DJ 08/02/2000, p. 264)

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, 23 de novembro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Banco do Brasil S.A. interpôs apelação em face da sentença (f. 150-154) proferida em 09.09.2016 por Marilsa Aparecida da Silva Baptista, juíza da 3ª Vara Cível da comarca de Dourados que, na ação de execução de título extrajudicial proposta pelo recorrente em desfavor de Juvenal Guerreiro, declarou nula a execução por ausência de título executivo.

Em razões recursais (f. 158-165), sustenta que o contrato de abertura de crédito consiste em título executivo extrajudicial, de modo que indevida a extinção da execução.

Afirma que não é hipótese de extinção da execução, pois não prevista no art. 924 do Novo Código de Processo Civil.

Requer a reforma da sentença, a fim de que a ação tenha seu regular seguimento.

O recorrido não foi intimado para apresentar contrarrazões, porque foi decretada a sua revelia nos autos.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S/A objetivando a reforma da sentença proferida em 09.09.2016 pela Juíza da 3ª Vara Cível da comarca de Dourados que, na ação de

execução de título extrajudicial proposta pelo recorrente em desfavor de Juvenal Guerreiro, declarou nula a execução por ausência de título executivo.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 150-154:

> *"ANTE O EXPOSTO e o mais que dos autos consta, declaro nula a execução desde o início por ausência de título executivo, nos termos dos artigos 783 e 803, inciso I do Código de Processo Civil, e extinto o presente processo, com fulcro no artigo 485, inciso VI do mesmo diploma legal.*
>
> *Custas pelo Exequente, já recolhidas (p. 29)*
>
> *Autorizo o desentranhamento de documentos que instruíram o processo físico, caso requerido, mediante certidão, cópia e recibo nos autos.*
>
> *Posteriormente, com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, mediante as baixas e anotações necessárias.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se".*

Inicialmente, procedo a breve relato dos fatos.

Banco do Brasil S/A propôs execução de título extrajudicial em desfavor de Juvenal Gurreiro.

Na inicial, alegou que *"tem em relação ao devedor, ora executado, a importância a receber de R$ 5.961,30 (cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e trinta centavos) conforme comprova o incluso extrato demonstrativo da dívida, referente a movimentação da Conta Corrente nº 37.742-2" (f. 01)*.

Não foram localizados bens passíveis de penhora em nome do executado, que não respondeu à ação (f. 40).

O exequente pleiteou a suspensão do processo em 23.10.1996 (f. 55-56).

Em 20.06.2013, pleiteou a penhora *on-line* de quantia suficiente para a satisfação do débito (f. 96-99).

Não foram encontrados valores suficientes em conta corrente para a penhora *on-line* (f. 104).

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Das razões recursais

Em razões recursais, o recorrente pleiteia a reforma da sentença, a fim de que a ação tenha seu regular seguimento.

Pois bem.

Os títulos executivos têm como requisitos a liquidez, certeza e exigibilidade, nos termos do art. 783 do Novo Código de Processo Civil.

Confira-se:

> *"Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível".http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm - art2*

Em comento aos requisitos acima, Rodolfo Kronember Hartman expõe:

> *"Por certeza, se deve compreender que a obrigação deve existir, ou seja, que o título indique o an debeatur, que nada mais é do que uma obrigação que deve ser cumprida pelo demandado e que pode ser de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar. Não podem ocorre dúvidas a respeito desta obrigação, o que, inclusive, levou o legislador a proibir que o magistrado profira sentença condiciona, os termos do art. 460, parágrafo único: 'A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.'*
>
> *Já a liquidez ou quantum debeatur é o atributo que delimita o conteúdo da prestação, como se o título estabelecesse que o devedor deva entregar um determinado bem ou realizar um tipo de serviço. E, por fim, a exigibilidade nada mais é do que a demonstração de que uma das partes se encontra em mora, o que justificaria a provocação jurisdicional." (Curso completo de processo civil. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 572)*

Portanto, a certeza do título está relacionada à existência da prestação.

O título é líquido quando contém a determinação da importância da prestação, fornecendo todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o número de unidades pelo qual a execução se fará.

Por fim, a exigibilidade é elemento externo ou condição de executividade, razão pela qual um título líquido e certo tão somente adquire força executiva quando incondicionado. Título exigível é aquele que, completo em sua adequação típica, não mais depende de condição, termo ou qualquer outra limitação para servir de pressuposto à execução forçada, sendo, portanto, um título incondicionado.

Presentes a liquidez (o quanto é devido), a certeza (*an debeatur,* a delimitação da obrigação devida) e a exigibilidade (demonstração de mora – esvaimento do prazo da avença sem adimplemento da obrigação), o título executivo preenche seus requisitos.

Na hipótese, cuida-se de execução de título extrajudicial que tem por fundamento o inadimplemento de contrato de crédito rotativo (f. 4-13).

O exequente, Banco do Brasil S/A afirma que não é hipótese de extinção do processo, com fulcro no art. 924 do NCPC, que prevê:

> *"Art. 924. Extingue-se a execução quando:*
>
> *I - a petição inicial for indeferida;*
>
> *II - a obrigação for satisfeita;*
>
> *III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida;*
>
> *IV - o exequente renunciar ao crédito;*
>
> *V - ocorrer a prescrição intercorrente".*

Entretanto, não está com razão, pois o contrato de abertura de crédito rotativo não é previsto no art. 784 do NCPC:

> *"Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:*
>
> *I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;*
>
> *II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;*

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

§ 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados.

§ 3º O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação".

A jurisprudência pacífica no STJ é no sentido de que contrato de abertura de crédito não preenche o requisito da liquidez, não sendo apto a amparar execução.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE CONTRATO DE MÚTUO FENERATÍCIO COM NOTA PROMISSÓRIA EMITIDA COM VALOR CERTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE REJEITOU OS ACLARATÓRIOS E MANTEVE A NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

1. Relativamente ao tema consistente na adequação da via para se promover a cobrança de resíduos de juros relativos à importância principal que fora devida e integralmente quitada na ocasião do protesto dos títulos perante o cartório de protestos, ou seja, da possibilidade de executar os resíduos a despeito do pagamento do principal da dívida, verifica-se que tal matéria, efetivamente, não foi prequestionada na origem, sendo inviável a sua análise no âmbito desta Corte Superior, ante o óbice da súmula 211/STJ.

> *2. Da análise dos acórdãos recorrido e embargado, verifica-se que ao Tribunal a quo foi devolvida apenas a análise da matéria referente à aplicação da súmula 258 do STJ, tendo este reformado a sentença sob o argumento de que se trata de contrato com valor certo e determinado e não do tipo rotativo.*
>
> *Por esse motivo, tendo a temática referente à certeza, liquidez e exigibilidade dos títulos executivos sido adequadamente prequestionada na origem, procedeu-se à análise da controvérsia perante esta Corte Superior.*
>
> ***Na oportunidade, tomando como base a assertiva do Tribunal regional que asseverou ser o mútuo de importância certa e determinada, aplicou-se a jurisprudência do STJ assente no sentido de que o contrato em questão configura título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, inciso II do CPC, pois o valor da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculos aritméticos, diversamente do que ocorre no contrato de abertura de crédito em conta corrente/rotativo. Precedentes.***
>
> *3. Agravo regimental desprovido".* (AgRg nos EDcl no REsp 1149526/CE, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 31/03/2016)

Sobre o tema, confira-se os comentários de André Luiz Santa Cruz Ramos

> *"Os bancos tentaram durante muito tempo, fazer com que os contratos de abertura do crédito fossem reconhecidos como títulos executivos extrajudiciais, tentativa que foi repelida pela jurisprudência, ao argumento de que tais contratos eram líquidos, já que seu valor era apurado unilateral e arbitrariamente pelo banco exequente. Os bancos tentaram, então, uma saída alternativa: executar os contratos de abertura de crédito acompanhados de extratos pormenorizados do débito, alegando que estes conferiram liquidez ao contrato exequendo. Mais uma vez a jurisprudência repeliu a tentativa dos bancos, editando a súmula 233: "o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta-corrente, não é título executivo." O máximo que o STJ permite, nesse caso, é a propositura de ação monitória (Súmula 247 do STJ: "o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil ao ajuizamento da ação monitória"* (Direito empresarial esquematizado / - 4. Ed. Rev., atual. E ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2014 p.429-430)

Confira-se o teor da Súmula n. 233 do STJ:

> *"O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanahdo de extrato da conta-corrente,* ***não é título executivo****".* (Súmula 233, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 08/02/200, p. 264)

Na espécie, aplica-se os enunciados de súmula, porquanto do exame do contrato, verifica-se a ausência de liquidez do valor devido.

Confira-se o teor da cláusula 1 do contrato (f. 4-13):

> *"1. O BANCO abre e o CREDITADO (S) aceita (m) um crédito em conta corrente com limite fixo, exclusivamente destinado a constituir, até a concorrência desse limite, reforço de provisão da conta de depósitos de Pessoas Físicas mantida pelo (s) CREDITADO (S) em agência do Banco, e que, na ocasião de ser debitada, não disponha de previsão suficiente".*

Não há, no contrato, determinação de um valor líquido, do quanto é devido, de modo que inexistente liquidez do título.

Nesse sentido:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO - REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO - AUSÊNCIA - ARTIGO 783, DO CPC/2015 - SÚMULA N.º 233, DO STJ - TÍTULO ILÍQUIDO MESMO QUE ACOMPANHADO DE EXTRATOS BANCÁRIOS - NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS - CONSTITUIÇÃO EM MORA, MAS SEM ATRIBUIR EXEQUIBILIDADE AO TÍTULO - HONORÁRIOS RECURSAIS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, o contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, ainda que acompanhado dos extratos bancários, uma vez que não goza da liquidez necessária, nos termos do artigo 783, do CPC/2015 e Súmula n.º 233, do STJ****. O desprovimento do recurso impõe a fixação de honorários de sucumbência recursal em favor do patrono da parte recorrida".* (Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Ponta Porã; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/09/2016; Data de registro: 08/09/2016)

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO (CRÉDITO ROTATIVO) - AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ - NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA AO CONTRATO - AUSÊNCIA DE AUTONOMIA.TÍTULOS NULOS - RECURSO DESPROVIDO. "* ***O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo."*** *(Súmula 233, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/1999, DJ 08/02/2000, p. 264) A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou."* (Súmula 258, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/09/2001, REPDJ 23/10/2001, p. 2015, DJ 24/09/2001, p. 363)".(Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/08/2016; Data de registro: 04/08/2016)

Portanto, não comporta reforma a sentença que reconheceu a nulidade dos títulos que amparam a presente execução por quantia certa.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S/A.

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. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de novembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800536-22.2016.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – QUITAÇÃO DE MAIS DE 90% DO VALOR CONTRATADO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em razão da quitação de mais de 90% do valor contratual, mostra-se desarrazoada a ação de busca de e apreensão do veículo financiado, devendo o credor valer-se de outros meios para o recebimento do crédito.

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.

Campo Grande, 19 de outubro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Omni S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento interpôs Apelação em face da sentença proferida em 27.06.2016, por Eduardo Magrinelli Júnior, Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí que, na ação de busca e apreensão ajuizada em desfavor de Evangenilso dos Santos Guedes, indeferiu a inicial e declarou a extinção do feito, sem resolução de mérito, em razão do adimplemento substancial do contrato.

Em razões recursais (f. 66-68), alega que *"não é aplicável ao caso a teoria do adimplemento substancial, pois de acordo com a lei e a jurisprudência, para ter o bem restituído livre de ônus, o Apelado deverá pagar a integralidade da dívida, no prazo de (05) cinco dias, contados da execução da liminar, sem o sem o qual a propriedade e a posse do bem serão consolidadas nas mãos do credor Fiduciário."*

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Omni S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento em face da sentença proferida em 27.06.2016, pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí que, na ação de busca e apreensão ajuizada em desfavor de Evangenilso dos Santos Guedes, indeferiu a inicial e declarou a extinção do feito, sem resolução de mérito, em razão do adimplemento substancial do contrato.

Confira-se a sentença recorrida (f. 60-63):

> *"Trata-se de Ação de Busca e Apreensão com Pedido Liminar proposta por OMNI S/A - Crédito, Financiamento e Investimento em face de Evangenilso dos Santos Guedes, ambos qualificados nos autos. Sustenta, em suma, o banco requerente que o réu emitiu cédula de crédito bancário n. º 1.00304.0001119.12, em 05/12/2012, no valor de R$ 9.142,00, que deveria ser paga em 35 parcelas de R$ 478,46, vencendo-se a primeira em 11/01/2013 e a última em 11/11/2015, sendo que para garantir o pagamento da dívida, houve a alienação fiduciária do veículo descrito na inicial. Assevera, ainda, o banco requerente que o réu não cumpriu com o acordado, ensejando uma dívida no valor de dando ensejo a uma dívida de R$ 2.442,92 (dois mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e noventa e dois centavos). Com a presente, pleiteia a busca e apreensão do bem garantidor, inclusive liminarmente, e a condenação da parte ré a suportar os encargos advindos da sucumbência. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 03/34.*
>
> *Às fls. 35 foi oportunizado ao banco requerente para que se manifestasse com relação ao adimplemento substancial do contrato, tendo ele informado a interposição de recurso de agravo de instrumento (fls. 39/45).*
>
> *Juntada decisão monocrática do TJMS, que deixou de conhecer do agravo de instrumento interposto, por ser manifestamente inadmissível (fls. 47/57).*
>
> *Intimado para dar andamento ao feito (fls. 58), o banco requerente pugnou pela citação do requerido (fls. 59).*
>
> *É o relatório no que importa.*
>
> *Decido.*
>
> *Ao analisar o caso posto em juízo, tem-se que é caso de extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ausência de pressuposto processual específico da ação de busca e apreensão (artigo 485, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil), matéria que o julgador deve conhecer ex officio (artigo 485, §3º, do Novo Código de Processo Civil).*
>
> *Isso porque é perfeitamente visível que o presente caso encontra-se toldado pelo adimplemento substancial do contrato, não se vislumbrando, portanto, a caracterização de um dos pressupostos processuais da ação de busca e apreensão, qual seja, mora ou inadimplemento do devedor.*
>
> *Com efeito, deflui dos documentos juntados aos autos que, das 35 (trinta e cinco) prestações contratadas, o réu já pagou 32 (trinta e duas) parcelas, faltando as de número 33 a 35, conforme se verifica nos documentos de fls. 03 e 08, o que corresponde ao cumprimento de pouco mais de 90% (noventa por cento) do total da obrigação assumida, portanto verifica-se a configuração do chamado adimplemento substancial.*
>
> *Conquanto o adimplemento substancial não possua previsão legal específica, há que se interpretar o pacto de modo que favoreça quem o adimpliu com regularidade em 91,42%, evitando-se ao devedor uma medida que se mostre excessivamente onerosa, ou que imponha desvantagem desproporcional ao cumprimento de sua parte no contrato.*
>
> *Neste pormenor, tendo a parte requerida cumprido boa parte do contrato, não é adequada a medida ajuizada, devendo o banco requerente se valer das vias de cobrança para buscar o recebimento da quantia que falta a ser adimplida pelo contrato, não mais se justificando a retomada da garantia que lhe foi ofertada, em reserva de domínio, daí é que se verifica que o banco requerente é carecedor de interesse de agir.*

Sobre o interesse processual no Código de Processo Civil de 2015, leciona José Miguel Garcia Medina1:

I. Requisitos da demanda: interesse e legitimidade. O art. 17 do CPC/2015 refere-se apenas a "interesse e legitimidade", que devem estar presentes para se postular em juízo. Há interesse processual quando presentes a necessidade e a utilidade (ou adequação) da ação com o intuito de prevenir ameaça ou reprimir lesão a direito (cf., a respeito, João Batista Lopes, O interesse de agir..., RT 688/255; Luiz Fernando Bellinetti, Ação e condições da ação, RePro 96/260, Jônatas Luiz Moreira de Paula, Interesse processual..., RePro 177/333). (...) Quanto ao interesse processual, decidiu-se, por exemplo, que "o mutuário de contrato de empréstimo comum, consoante o enunciado sumular 286/STJ, poderá discutir todos os contratos eventualmente extintos pela novação, sem que, atualmente, sequer cogite-se reconhecer a ausência do seu interesse de agir, inclusive quando, em tais relações negociais, há expressa quitação das dívidas que serão, ao final, revisadas" (STJ, REsp 1.119.859, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª T., j. 28.08.2012). A jurisprudência é no sentido da ausência de interesse processual, em ação de cobrança de valor monetário ínfimo (STJ, REsp 913.812/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 03.05.2007; STJ, AgRg no Ag 1.193.875/AL, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 07.06.2011; no mesmo sentido, TJRS, AC 70051171783, Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Dec. Mon., 22.ª Câmara Cível, j. 28.09.2012)(...)".

Acerca do tema, é farta a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PAGAMENTO DE MAIS DE 70% DAS PARCELAS DO CONTRATO CORRETA DECISÃO DO JULGADOR DE 1° GRAU RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS - Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/06/2015)

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APELO IMPROVIDO. 1. Houve o adimplemento substancial do referido contrato, com o pagamento de mais de 70 (setenta) por cento da dívida, restando um saldo devedor diminuto. 2. A adimplência substancial afasta a possibilidade de rescisão do contrato e, por consequência, a reintegração de posse, por ser medida que não se revela proporcional, dispondo o credor da ação de cobrança para exigir o saldo devedor do contrato. 3. Recurso a que se nega provimento. (TJ-PE - APL: 3431961 PE, Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 04/11/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/11/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - PEDIDO LIMINAR - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO DE OFÍCIO. - Atenta contra a boa-fé o pedido de busca e apreensão de bem financiado, estando o contrato substancialmente adimplido, porque importa em medida impositiva de lesão desproporcional ao demandado. – Resta à instituição financeira, verificado o adimplemento substancial do contrato, a cobrança de eventual débito em aberto, razão pela qual não se verifica interesse processual no manejo da ação de busca e apreensão. - É possível a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação ex officio e a qualquer tempo, por não estar a matéria sujeita à preclusão." (TJ/MG - Agravo de Instrumento CV Nº 1.0693.12.010844-6/001 - Rel. Des. Domingos Coelho - 12ª Câmara CíveL - PUB. 01.04.2013 - g.n.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO DEVEDOR. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE OFÍCIO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO PREJUDICADO. (TJ-PR 7872979 PR 787297-9, Relator: Vicente Del Prete Misurelli, Data de Julgamento: 07/03/2012, 17ª Câmara Cível)

A falta de interesse de agir se revela, portanto, na desnecessidade da gravosa medida de busca e apreensão, e na inadequação da via eleita, pois o contrato permite ao banco requerente a cobrança da ínfima quantia devida por meio de execução ou ação de cobrança.

Destarte, o adimplemento de pouco mais de 90% (noventa por cento) da dívida, conduz à ausência de pressuposto processual da ação de busca e apreensão do veículo, o que enseja a extinção do feito sem resolução de mérito na forma do artigo 485, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, INDEFIRO a petição inicial, declarando extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigos 330, inciso III e 485, inciso VI, ambos do Novo Código de Processo Civil, face ao adimplemento substancial do contrato.

Custas processuais pelo banco autor. Sem honorários advocatícios, pois não houve citação.

Havendo o trânsito em julgado, arquive-se com as formalidades.

P.R.I.C."

Em razões recursais (f. 66-68), alega que *"não é aplicável ao caso a teoria do adimplemento substancial, pois de acordo com a lei e a jurisprudência, para ter o bem restituído livre de ônus, o Apelado deverá pagar a integralidade da dívida, no prazo de (05) cinco dias, contados da execução da liminar, sem o sem o qual a propriedade e a posse do bem serão consolidadas nas mãos do credor Fiduciário."* Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

O apelado deixou de apresentar contrarrazões.

Pois bem, é firme a jurisprudência neste Tribunal e no STJ no sentido de que somente o pagamento integral da dívida tem o condão de afastar os efeitos da mora, garantindo a continuidade na posse do bem.

A propósito, o STJ, em incidente de recurso repetitivo, instaurado no REsp n.º 1.418.593, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 14/05/2014, estabeleceu, para efeito do artigo 543-C do CPC, que *"Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".*

Nos presentes autos, depreende-se que as partes firmaram contrato de financiamento para aquisição de bens em 05/12/12 (f. 4), no valor de R$ 9.642,00 (nove mil, seiscentos e quarenta e dois reais), a serem pagos em 35 (trinta e cinco) parcelas mensais e consecutivas de R$ 478,46 (quatrocentos e setenta e oito reais e quarenta e seis centavos), com vencimento da primeira parcela em 11/01/2013 e da última em 11/11/2015.

A recorrente deixou de pagar as parcelas do financiamento a partir da 33ª (trigésima terceira) prestação, vencida em 11/09/15 (f. 3), tornando-se inadimplente em relação às três últimas (33ª, 34ª e 35ª), restando o equivalente a 8,58% do contrato, o que motivou o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

O magistrado de primeiro grau, com base na teoria do adimplemento substancial, reconheceu a ausência de interesse processual do banco apelante e indeferiu a inicial (f. 60-63).

Desta sentença, recorre o banco demandante pretendendo a insubsistência da sentença, ao argumento de que tal instituto não se aplica à ação de busca e apreensão.

Segundo disposições constantes do artigo 394, do Código Civil, a mora ocorre quando o devedor da obrigação deixa de cumpri-la no tempo, lugar e forma convencionados.

É certo que em caso de culpa do demandado/apelado, pelo inadimplemento, deve ser aplicado o artigo 475, do Código Civil que estabelece, *"a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos."*

No caso em análise, o juiz de primeiro grau aplicou a Teoria do Adimplemento Substancial ao argumento de que o recorrido cumpriu mais de 90% (noventa por cento) do contrato.

Pois bem, a respeito da questão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[1], lecionam:

> *"Hipótese recorrente desse desleal exercício de direitos é aferida na figura do adimplemento substancial do contrato. Aqui é possível impedir o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas. Como bem adverte Araken de Assis, o juiz apreciará a existência do inadimplemento e a sua gravidade, sendo natural que em alguns casos repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato. Destarte, em subsidiário de cumprimento, evitando o sacrifício excessivo do devedor em face do pequeno vulto.*
>
> *Refere-se Clóvis do Couto e Silva à substancial performance, ou seja, um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo em vista a conduta das partes, se exclui o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização."*

Antes de se recorrer à interpretação literal de dispositivos legais ou contratuais, é preciso aquilatar o contrato em toda sua extensão; o comportamento das partes no decurso do vínculo; os efetivos e reais prejuízos, de parte a parte; a natureza e a finalidade do negócio; o número das prestações pagas etc. Somente desta forma, poder-se-á avaliar se, de fato, houve descumprimento real, e não meramente formal, do contrato.

Para a configuração do adimplemento substancial, são necessários os seguintes pressupostos:

Cumprimento expressivo do contrato;

Prestação realizada que atenda *à* finalidade do negócio jurídico;

Boa-fé objetiva na execução do contrato;

1 CHAVES DE FARIAS E ROSENVALD, Cristiano e Nelson. **Curso de Direito Civil**. **Teoria Geral dos Contratos**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 554.

Preservação do equilíbrio contratual;

Ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

Acerca do princípio da boa-fé objetiva, Flávio Tartuce[2]:

> *"Pois bem, como antes destacado, tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros:*
>
> *- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;*
>
> *- Dever de respeito;*
>
> *- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;*
>
> *- Dever de agir conforme a confiança depositada;*
>
> *- Dever de lealdade e probidade;*
>
> *- Dever de colaboração ou cooperação;*
>
> *- Dever de agir com honestidade;*
>
> *- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão."*

Da análise dos autos, verifica-se que a instituição financeira apelante encaminhou notificação para fins de constituição em mora ao endereço indicado pelo devedor no contrato de f. 4 (05/12/2012), tendo ajuizado a presente ação de busca e apreensão em 21/03/16.

Na hipótese, não se pode afirmar que o recorrido faltou com a boa-fé contratual, notadamente que desde o início da avença honrou com 32 parcelas contratadas, não se sabendo o motivo que deu ensejo à inadimplência das três últimas prestações, porquanto sequer foi citado nos autos.

Contudo, não obstante ter o devedor ciência da sua inadimplência antes da propositura da ação, já que notificado extrajudicialmente, é expressivo o número de parcelas quitadas pelo demandado Evangenilso dos Santos Guedes (32 das 35 parcelas devidas = 91,42%), razão pela qual não **é** razoável a perda do bem, mormente considerando-se que o banco recorrente é titular do domínio do veículo e este só será transferido ao recorrido após a quitação total da dívida.

Nesse sentido, colho os seguintes julgados:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO - PAGAMENTO DE 93% DO VALOR CONTRATADO - RESOLUÇÃO DO CONTRATO E RETOMADA DO BEM – DESCABIMENTO - MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE - APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - RECURSO PROVIDO.*
>
> ***A teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.***
>
> ***No caso em apreço, é de se aplicar a teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou mais de 93% do valor contratado.***

2 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Método. 2013. p. 550.

> ***Esse contexto evidencia que o descumprimento parcial do contrato é inapto a ensejar a retomada do bem pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de financiamento, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.***
>
> ***Portanto, a satisfação do crédito remanescente de titularidade da instituição financeira pode ser alcançado por outras vias (executiva ou de cobrança), sem a necessidade da rescisão contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado.*** (Apelação nº 0801678-81.2014.8.12.0045; Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Sidrolândia; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/05/2016; Data de registro: 03/06/2016) *destaquei
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONTRATO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CASO CONCRETO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA – EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – RECURSO PROVIDO.* ***A apelante, comprovou ter adimplido substancialmente a dívida, de sorte que cabe ao credor, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, diante de tal fato, se atentar a outras vias judiciais para reaver o crédito, sem que haja a necessidade do desapossamento do bem e o rompimento do contrato.*** (Agravo de Instrumento - Nº 1411984-64.2015.8.12.0000; Relator(a): Des. Amaury da Silva Kuklinski; Comarca: Aquidauana; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/12/2015; Data de registro: 11/12/2015) *destaquei
>
> *E M E N T A – RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REALIZADO PAGAMENTO DE MAIS DE 90% DO VALOR CONTRATADO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* ***Em razão da quitação equivalente a mais de 90% do valor contratual, mostra-se desarrazoada a ação de busca de e apreensão do veículo financiado, devendo o credor valer-se de outros meios para o recebimento do crédito.*** (Apelação - Nº 0808652-69.2014.8.12.0002; Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 28/05/2015) *destaquei

Assim, o descumprimento contratual em questão é inapto a ensejar a ação de busca e apreensão pretendida, podendo o apelante/credor valer-se de meios menos gravosos ao apelado para obter o recebimento do crédito.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Omni S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 19 de outubro de 2016.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 0824955-93.2016.8.12.0001
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATIVIDADE DE EXPORTAÇÃO DE SOJA, MILHO E ALGODÃO EM PLUMA E EM CAROÇO – REGIME ESPECIAL DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO – PREFACIAL DE LITISPENDÊNCIA – EXAME A SER REALIZADO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 1408819-72.2016.8.12.0000, POSTERIORMENTE IMPETRADO – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ANTE A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – AFASTADA – PREFACIAL DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA COBRANÇA DE VALORES PRETÉRITOS – ACOLHIDA – PRETENSÃO DOS EXPORTADORES À RENOVAÇÃO DO REGIME ESPECIAL INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO DECRETO ESTADUAL N. 11.803/05 – DESCABIMENTO – LICITUDE DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DESTINADA A AUXILIAR A FISCALIZAÇÃO DO ICMS RECONHECIDA NO STJ – ORDEM DENEGADA.

Preliminar de litispendência que deve ser analisada no mandado de segurança n. 1408819-72-72.2016.8.12.0000, posteriormente impetrado.

Havendo prova pré-constituída do direito invocado pelos impetrantes, não há necessidade de dilação probatória, devendo ser rejeitada a prefacial de inadequação da via eleita.

Em sede de mandado de segurança é inadmissível cobrar valores pretéritos, os quais devem ser pleiteados administrativamente ou na via judicial própria.

No STJ há julgado recente consolidando o entendimento de que o Decreto Estadual n. 11.803/05 não afronta as disposições contidas no art. 155, II, § 2º, X, "a", da Constituição Federal e no art. 3º da Lei Complementar n. 87/96, que contemplam a isenção do ICMS em tais operações, assim como não obsta a que os agricultores e exportadores, que não adiram às exigências do regime especial, realizem suas operações de exportação com isenção de tributos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, com o parecer, rejeitar as preliminares e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de novembro de 2016.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Maria Aparecida Corso e José Isidoro Corso impetram mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na exigência de apresentação de termo

de compromisso no ano de 2016, bem como de prestação de garantia real ou fidejussória, para renovação do Regime Especial de Controle e Fiscalização relativo às operações de exportação e de saída, para fim específico de exportação de soja, milho e algodão em caroço e em pluma, sob pena de suspensão do regime especial.

Narram ser produtores rurais, conforme comprovam os cartões correspondentes, e proprietários de imóveis rurais situados no Estado de Mato Grosso do Sul, conforme as respectivas certidões de matrículas.

Sustentam fazer o cultivo de soja, milho e algodão, objetivando a comercialização, inclusive mediante exportação.

Mencionam que o Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no Decreto n. 11.803/05, que instituiu o Regime Especial para fins de Exportação, exigiu que os impetrantes aderissem ao Regime Especial, celebrando um termo de compromisso para que pudessem exercer a atividade de exportação, sob pena de exigência do ICMS sobre as operações de exportação.

Argumentam que, ao assinarem esse termo de compromisso, obrigam-se a oferecer garantias reais ou fidejussórias, na forma de hipoteca em primeiro grau, e a firmar o compromisso de destinar a operações tributadas quantidade de mercadoria equivalente à exportada ou remetida para o fim específico de exportação, no caso de soja e milho, sob pena de pagamento do ICMS.

Afirmam que o art. 4º, I, C e D; o art. 4ºA, § 2º, e o art. 7º, todos do Decreto n. 11.803/05, são ilegais e/ou inconstitucionais, pois o art. 155, § 2º, XII, "e", da CF expressamente dispõe que o ICMS não incide sobre as exportações.

Asseveram que a Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), que regulamenta o dispositivo citado, em seu art. 3º, II, expressamente prevê que as operações de exportação não são tributadas pelo ICMS.

Referem que, em consonância às disposições do Convênio ICMS n. 113/96, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei Estadual n. 1.801/97, na qual reconheceu expressamente, em seu art. 8º, a não incidência do ICMS nas operações de exportação.

Expõem que para regulamentar a Lei n. 1.801/97 foi expedido o Decreto n. 11.803/05, o qual é contrário a todo o regulamento legal aplicável à espécie, visto que o ICMS não incide sobre as operações de exportação, de forma incondicionada.

Ressaltam que a sua insurgência não é contra a prática de atos de acompanhamento e fiscalização das exportações, cuja legalidade já fora reconhecida, mas sim quanto à inconstitucional imposição de condições para a desoneração das exportações, notadamente a concessão de garantias e a equivalência, para que os impetrantes possam se valer da isenção do ICMS constitucionalmente assegurada às exportações.

Destacam que face à sistemática criada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, nas exportações realizadas no ano de 2015, a Fazenda Estadual exigiu dos impetrantes o pagamento de R$ 288.939,00 pela equivalência do ICMS da soja, e mais R$ 997.989,00 pela equivalência do ICMS do milho, totalizando, assim, R$ 1.286.928,00, que foram efetivamente pagos para se evitar o Regime Especial de Exportação dos impetrantes.

Alegam que se não tivessem realizado tal pagamento ficariam impedidos de exportar e, consequentemente, de exercer sua atividade profissional, assim como ficariam impossibilitados de cumprir os contratos de exportação já celebrados, sujeitando-se ao pagamento de multas, ao perecimento da produção, aos custos de armazenagem e o próprio desgaste de imagem perante os adquirentes da produção.

Dizem que na data de 20/06/16 foram instados a aderir compulsoriamente a novo termo de compromisso, referente ao ano de 2016, em quinze dias, sob pena de não renovação do seu Regime Especial de Exportação, o que, na prática, obstará a exportação da sua produção agrícola e o cumprimento dos respectivos contratos.

Informam que a ilegalidade da prática adotada pelo Estado de Mato Grosso do Sul já foi reconhecida pelo STJ com relação à tributação dos serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação.

Asseveram estar comprovado o preenchimento dos requisitos necessários para concessão da liminar, pois a autoridade coatora exige o cumprimento de condições não previstas na CF, na Lei Kandir e na Lei Estadual, para que os impetrantes possam gozar do benefício da não oneração das exportações pelo ICMS, exigências essas que já foram reconhecidas como ilegais nos casos de serviços de transportes de mercadorias destinadas à exportação pelo Colendo STJ, o que torna inequívoca a plausibilidade do direito invocado.

Destacam ser inequívoca a urgência na concessão da liminar, pois terão de se submeter, novamente, às ilegais condições determinadas no Decreto n. 11.803/05 para que não sejam excluídos do Regime Especial de Exportação e possam exportar sua produção agrícola, cujos contratos já foram celebrados.

Pugnam pela concessão da liminar para:

> *"1 – Suspender a exigibilidade de submissão às ilícitas condições estabelecidas no Decreto n. 11.803/05 para a realização da exportação da produção agrícola efetuada no Estado do Mato Grosso do Sul, liberando-se os Impetrantes de firmar Termo de Compromisso referente ao ano de 2016, os liberando da obrigação de oferecer garantias reais ou fidejussórias e de destinar parte de sua produção agrícola a operações tributadas pelo ICMS, em quantidade de mercadoria equivalente à importada ou remetida para o fim específico de exportação; e,*
>
> *2 – Em todos os casos, garantir o direito dos Impetrantes de manter a exportação de sua respectiva produção agrícola do Estado de Mato Grosso do Sul sem incidência do ICMS, independentemente da submissão às ilícitas exigências levadas a efeito pela autoridade coatora e que são objeto do item 1, acima."*
>
> *Foi indeferida a liminar (f. 142-151).*
>
> *O impetrante aditou a inicial à f. 154-155 para "inclusão dos argumentos acima narrados, devendo tanto eventual deferimento do pedido liminar e dos pedidos em si, a desoneração da exportação da produção de algodão em caroço e em pluma, com relação ao 'Regime de Exportação' e 'Termo de Equivalência', nos exatos termos já aduzidos no mandamus".*

O Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul apresentou informações à f. 168-179, alegando, em preliminar, ser inadmissível a pretensão do impetrante à devolução dos valores pagos indevidamente ou compensados administrativamente, pois o *writ* não é substitutivo de ação de cobrança nem é a via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos das Súmulas 269 e 271 do STF, além do que vedada a dilação probatória e inexistente prova pré-constituída que assegure o acerto do valor devido.

No mérito, alega que o Estado não impõe ao contribuinte o dever de se submeter ao regime especial de fiscalização e controle de exportação previsto nos arts. 4º e 4º-A do Decreto Estadual n. 11.803/05, sendo escolha do contribuinte.

Assevera que o contribuinte não optante pelo regime especial não fica impedido de exportar, apenas submete-se a outra regra de fiscalização e controle prevista no art. 7º do no mesmo Decreto, cuja legalidade e constitucionalidade do Decreto n. 11.803/05 foi declarada no STJ.

Aduz que a instituição de mecanismos de controle da efetividade das exportações é facultada por lei estadual (art. 6º da Lei n. 1.810/97), a qual encontra seu fundamento de validade em lei nacional, no caso, a Lei Complementar n. 87/96.

Aponta que para obtenção do regime especial que permite a saída de mercadorias destinadas à exportação sem o recolhimento do imposto, para posterior comprovação da exportação, o Decreto n. 11.803 estabelece o cumprimento prévio de uma série de condições, entre elas o oferecimento de garantia e, no caso de exportação de produtos agrícolas, da assinatura de Termo de Compromisso, com fundamento no art. 4º.

Esclarece que a garantia exigida na alínea "c" do art. 4º visa assegurar o pagamento do crédito relativo às operações em que não se comprovar a exportação das mercadorias, uma vez que para o detentor do regime especial não há pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.

Informa que as Turmas que integram a 1ª Seção do STJ firmaram entendimento no sentido de que as regras contidas no Decreto n. 11.803/2005 de Mato Grosso do Sul não ofendem a Lei Complementar n. 87/96 nem a Constituição Federal, pois a existência de imunidade ou de isenção não impede que a legislação tributária estabeleça operações acessórias destinadas a auxiliar a fiscalização.

Ressalta que o aludido Decreto não institui tributo tampouco cria impedimento de os impetrantes realizarem sua pretensa exportação com imunidade e isenção do ICMS, pois o objetivo da norma é o de assegurar que a imunidade seja aplicada com segurança e legalidade, buscando evitar e inibir possíveis fraudes.

Conclui que o Decreto n. 11.803/05 não afasta nem impede a isenção e a imunidade, mas apenas institui mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que visam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de modo a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações realizadas apenas no âmbito interno.

Requer a denegação da ordem.

À f. 189-190, o aditamento da inicial foi deferido, com indeferimento da liminar em relação à exportação em caroço e pluma, pelos mesmos fundamentos da decisão de f. 142-151, e determinação de realização de nova notificação das autoridades impetradas, para tornar sem efeito as notificações de f. 160-161 e as respectivas certidões de f. 163-166.

À f. 202, o Estado de Mato Grosso do Sul, considerando a emenda da inicial, reiterou o teor das informações prestadas, requerendo que os fundamentos e o pedido de denegação da segurança se estendam para alcançar a postulação formulada no aditamento da inicial encartado à f. 154.155.

À f. 204-205, os impetrantes peticionaram informando que não se conformando com o recolhimento prévio de ICMS sobre operação sabidamente isenta, impetraram novo mandado de segurança, em trâmite pela 4ª Seção Cível, sob o número 1408819-72.2016.8.12.0000, no qual foi deferida a liminar para suspensão da exigibilidade de ICMS sobre mercadorias comprovadamente destinadas à exportação, consoante cópia acostada à f. 206-210.

Intimado a se manifestar acerca da petição de f. 204-205, o Estado de Mato Grosso do Sul reproduziu as informações prestadas no processo n. 1408819-72.2016.8.12.0000, nas quais suscitou preliminar de litispendência entre a presente impetração e aquele *writ* e, subsidiariamente, requereu a reunião dos processos para julgamento conjunto no juízo prevento em razão da conexão ou, ao menos, a fim de evitar decisões conflitantes ou contraditórias (f. 216-222).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, por necessidade de dilação probatória, e pelo acolhimento da preliminar de impossibilidade de utilização do *mandamus* como sucedâneo recursal, somente com relação ao pedido de compensação ou repetição dos valores eventualmente suportados ilegalmente e, no mérito, pela denegação da ordem (f. 226-240).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria Aparecida Corso e José Izidoro Corso contra ato do Secretário Estadual da Fazenda, consistente na exigência de apresentação de termo de compromisso no ano de 2016, bem como de prestação de garantia real ou fidejussória, para renovação do Regime Especial de Controle e Fiscalização relativo às operações de exportação e de saída, para fim específico de exportação de soja, de milho e de algodão em caroço e em pluma, sob pena de suspensão do regime especial.

Confira-se o teor do ato impugnado:

> *"Caros Srs,*
>
> *Informamos que, em relação à renovação do seu Regime Especial de Controle e Fiscalização relativo às operações de exportações e de saída para fim específico de exportação de soja e milho, incluídas a remessa destinadas à formação de lote, decreto nº 11.803/2005, é necessário a apresentar do Termo de Compromisso do ano de 2016, assinado pelo representante legal, conforme modelo em anexo.*
>
> *A NÃO apresentação do Termo de Compromisso, em 15 dias, pode implicar na suspensão do referido Regime Especial.*
>
> *Portanto, aguardamos a apresentação da documentação para darmos encaminhamento ao processo de renovação."*

Das preliminares.

Quanto à preliminar de litispendência do mandado de segurança de n. 1408819-72.2016.8.12.0000 com o presente *writ*, será examinada e decidida naqueles autos, porquanto aquele *mandamus* foi impetrado posteriormente a este.

No que pertine à prefacial de inadequação da via eleita, tenho que deva ser rejeitada quanto à alegada necessidade de dilação probatória, e acolhida quanto à impossibilidade de utilização do mandado de segurança para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, eis que não é substitutivo da ação de cobrança, nos termos das Súmulas ns. 269 e 271 do STF.

Os impetrantes pugnam pela concessão da ordem, para que:

> *"seja JULGADA PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, CONCEDENDO-SE DEFINITIVAMENTE A ORDEM PRETENDIDA, declarando-se a ilegalidade e/ou a inconstitucionalidade do disposto no art. 4º, I, "c", e "d", no artigo 4ºA, § 2º, e, no artigo 7º, todos do Decreto n. 11.803/05, posto que contrários ao disposto nos artigos 5º, XIII, e, 155, § 2º, XII, "e", ambos da Constituição Federal, no artigo 3º, II, da Lei Complementar n 87/96, e, no artigo 8º da lei Estadual n. 1.801/97, liberando os impetrantes de submeterem-se às ilícitas exigências para exportar sua produção agrícola, mantendo o Regime Especial de Exportação dos mesmos independentemente*

> *da adesão a Termo de Compromisso, bem como autorizando-se os impetrantes a repetir, ou, a compensar administrativamente, a integralidade dos valores que suportaram por força dessas disposições ilícitas, com os acréscimos de atualização monetária e juros de estilo, autorizando-os, ainda, a efetuar o levantamento da integralidade dos valores eventualmente depositados nos presentes autos".*

Como se vê, pretendem os autores que a autoridade impetrada os mantenha no regime especial de exportação da produção agrícola no Estado de Mato Grosso do Sul, independentemente do preenchimento das condições (firmar termo de compromisso referente ao ano de 2016; oferecer garantias reais ou fidejussórias e destinar parte de sua produção agrícola a operações tributadas pelo ICMS) estabelecidas no Decreto n. 11.803/05 e, por conseguinte, que sejam autorizados a repetir ou a compensar administrativamente a integralidade dos valores que suportaram por força destas exigências ilícitas.

Quanto à pretensão a não submissão às exigências contidas no Decreto n. 11.803/05, as alegações dos impetrantes estão devidamente comprovadas mediante prova pré-constituída acostada à inicial, não havendo necessidade de dilação probatória para comprovação do ato impugnado.

Todavia, no que concerne ao pedido de repetição ou compensação administrativa de valores eventualmente suportados ilegalmente, a preliminar de inadequação da via eleita merece ser acolhida, pois é inadmissível a utilização do *mandamus* para cobrança de valores pretéritos, os quais devem ser pleiteados administrativamente ou na via judicial própria, nos termos da Súmula n. 271 do STF.

Confira-se:

> *"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."*

Assim, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita, quanto à alegada necessidade de dilação probatória, e acolho a prefacial de impossibilidade de utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, somente com relação ao pedido de compensação ou repetição dos valores eventualmente suportados ilegalmente.

Do mérito.

No mérito, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

O Regime Especial de Controle e Fiscalização, instituído pelo Decreto n. 11.803/05, consiste na permissão para a realização, bem como no controle fiscal e específico das operações a que se refere o art. 1º, com o objetivo de acompanhar a movimentação das respectivas mercadorias até a sua efetiva exportação e de verificar o cumprimento das correspondentes obrigações fiscais (art. 3º do Decreto n. 11.803/05), tendo vigência até 31 de janeiro do ano seguinte ao qual for concedido ou renovado (§ 1º do art. 3º do Decreto n. 11.803/05).

O documento de f. 91-92 faz prova de que, em 15/01/15, os impetrantes firmaram termo de compromisso com o Secretário de Estado da Fazenda, na condição de detentores do regime especial, enquanto que o ato impugnado de f. 94, datado de 20/06/16, evidencia que os impetrantes foram informados da necessidade de apresentar termo de compromisso do ano de 2016 para renovação do regime especial, em 15 dias, sob pena de suspensão deste.

E isso porque, tanto para sua concessão quanto para sua renovação, o interessado deve cumprir as determinações contidas no art. 4º, do Decreto n. 11.803/05, dentre as quais oferecer garantia real ou fidejussória e firmar o compromisso.

Confira-se:

> *"Seção II*
>
> *Dos Requisitos para a Obtenção do Regime Especial*
>
> *Art. 4º O estabelecimento interessado na obtenção do regime especial de que trata o artigo anterior deve:*
>
> *I - no caso de estabelecimento que realize operações com produtos in natura:*
>
> *(...)*
>
> *c) oferecer garantia real ou fidejussória, na forma de hipoteca em primeiro grau, caução administrativa ou fiança prestada por instituição financeira, no valor a ser determinado pelo Secretário de Estado de Receita e Controle;*
>
> *d) firmar o compromisso de destinar a operações tributadas quantidade de mercadorias equivalente àquela exportada ou remetida para o fim específico de exportação, no caso de soja e milho: (redação dada pelo Decreto 12.284, de 2007)*
>
> *1. a, no mínimo, sessenta e seis por cento da quantidade destinada à exportação ou remetida para fim específico de exportação, no caso de soja;*
>
> *2. à quantidade exportada ou remetida para o fim específico de exportação, no caso de milho;"*

Portanto, a apresentação do termo de compromisso e a prestação de garantia real e fidejussória foram exigidas dos impetrantes para renovação do Regime Especial de Controle e Fiscalização relativo às operações de exportações e de saída para fim específico de exportação de soja, de milho e de algodão em caroço ou em pluma, incluídas a remessa destinadas à formação de lote, por se tratarem de requisitos para obtenção do regime especial, consoante art. 4º, inciso I, "c" e "d", do Decreto n. 11.803/05, não sendo impeditivo para exportação da sua produção agrícola, pois não há obrigatoriedade de que os impetrantes renovem a adesão ao regime especial para realização da exportação de soja e milho.

Os precedentes do STJ citados na inicial (RMS 18835/MT, REsp 418957/MT e Resp 613785), além de versarem sobre os serviços de transporte de mercadorias destinadas à exportação, e não sobre a exportação de mercadorias, que é o objeto do presente *writ*, dizem respeito ao reconhecimento da ilegalidade de Portarias Estaduais, e não do Decreto n. 11.803/05, remontando o julgado mais recente ao ano de 2005.

Especificamente em relação ao Decreto n. 11.803/05, há julgado mais recente no STJ, consolidando o entendimento de que referido Decreto não afronta as disposições contidas no art. 155, II, § 2º, X, "a"[1], da

1 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
X - não incidirá:
a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

Constituição Federal e no art. 3º[2] da Lei Complementar n. 87/96, que contemplam a isenção do ICMS em tais operações, assim como não obsta a que os agricultores e exportadores, que não adiram às exigências do regime especial, realizem suas operações de exportação com isenção de tributos.

Confira-se:

> *TRIBUTÁRIO. ICMS. EXPORTAÇÃO DE MILHO E SOJA. ISENÇÃO. DECRETO ESTADUAL N. 11.803/2005. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DESTINADAS A AUXILIAR A FISCALIZAÇÃO. CONSONÂNCIA COM A LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. 1. Ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já consolidaram entendimento no sentido de que o Decreto Estadual 11.803/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu Regime Especial de Controle de Fiscalização relativo às operações de exportação e de saída de mercadoria, estabelecendo uma obrigação tributária acessória, destinada a auxiliar a fiscalização do ICMS, mediante o acompanhamento da movimentação das respectivas mercadorias até sua efetiva exportação. O referido Decreto Estadual não instituiu tributo, nem tampouco criou impedimento de que os agricultores e empresas do ramo pratiquem a exportação da soja com a isenção do ICMS prevista na Lei Kandir. Logo, a instituição de regime especial de fiscalização das mercadorias destinadas à exportação não afronta as disposições contidas no art. 155, II, § 2º, X, a, da Constituição Federal e no art. 3º do Lei Complementar n. 87/96, que contemplam a isenção do ICMS em tais operações. 2. Importa considerar, ainda, que os agricultores e exportadores, que não adiram às exigências feitas para a inclusão no referido Regime Especial, podem realizar suas operações de exportação com isenção de tributos, mas serão submetidos ao regime normal de fiscalização, efetivando o recolhimento antecipado do tributo, para posterior comprovação de que a operação é isenta, a fim de garantir a restituição prevista no art. 7º, § 1º, inciso III, do Decreto n. 11.803/2005. Precedentes: RMS 30161 / MS, Segunda Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/12/2009; RMS 27476 / MS, rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 17/11/2008; RMS 27107 / MS, Primeira Turma, rel. Ministra Denise Arruda, DJe 24/09/2008. 3. Recurso ordinário não provido.* (RMS 29.716/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010).

O descumprimento da exigência - celebração de termo de compromisso e oferecer garantia real ou fidejussória - feita aos impetrantes para permanência no regime especial de controle de fiscalização, conforme já decidido no citado precedente do STJ, não impede que continuem realizando as suas operações de exportação com isenção do ICMS, apenas serão submetidos a regime normal de fiscalização, com o recolhimento antecipado do tributo, para posterior comprovação de que a operação é isenta, a fim de garantir a restituição prevista no art. 7º, § 1º, inciso III, do Decreto n. 11.803/2005.

Confira-se:

> *"Art. 7º A falta do regime especial de que trata este Decreto sujeita o estabelecimento remetente ao recolhimento do ICMS no momento da saída das mercadorias. (redação dada pelo Decreto nº 12.904, de 22 de dezembro de 2009, art. 2º)*
>
> *§ 1º Na hipótese deste artigo: (redação dada pelo Decreto 11.914, de 2005)*
>
> *III - comprovada posteriormente a efetiva exportação das mercadorias, por meio da apresentação dos documentos exigidos, o estabelecimento pode requerer a restituição do respectivo valor."*

2 "Art. 3º O imposto não incide sobre:
(...)
II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;
(...)
Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:
I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa;
II - armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro."

Nesse sentido, cito recente precedente desta Corte:

> *MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA – COMPROVAÇÃO DO JUSTO RECEIO – CONSULTA ADMINISTRATIVA – RESPOSTA NEGATIVA – SITUAÇÃO CONCRETA – MÉRITO –* ***RECOLHIMENTO ICMS – ATIVIDADE DE EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS – GRÃOS – DECRETO ESTADUAL N. 11.803/2005 – OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DESTINADAS A AUXILIAR A FISCALIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI COMPLEMENTAR N. 87/96*** *– PEDIDO SUBSDIÁRIO PARA EVENTUAL RESTITUIÇÃO SER EM DINHEIRO – NÃO ACOLHIDO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – APREENSÃO DE MERCADORIA COMO COERÇÃO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA 323, STF – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência assente no sentido de que a resposta negativa a consulta tributária ampara a impetração de mandado de segurança preventivo.*
>
> ***Conforme entendimento do STJ, "o Decreto Estadual 11.803/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu Regime Especial de Controle de Fiscalização relativo às operações de exportação e de saída de mercadoria, estabelecendo uma obrigação tributária acessória, destinada a auxiliar a fiscalização do ICMS, mediante o acompanhamento da movimentação das respectivas mercadorias até sua efetiva exportação. O referido Decreto Estadual não instituiu tributo, nem tampouco criou impedimento de que os agricultores e empresas do ramo pratiquem a exportação da soja com a isenção do ICMS prevista na Lei Kandir. Logo, a instituição de regime especial de fiscalização das mercadorias destinadas à exportação não afronta as disposições contidas no art. 155, II, § 2º, X, a, da Constituição Federal e no art. 3º do Lei Complementar n. 87/96, que contemplam a isenção do ICMS em tais operações".***
>
> *Consoante entendimento do STF é inadmissível a retenção de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, pois o fisco dispõe de meios próprios para exigir os créditos fiscais a que tem direito.* (Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Seção Cível; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 16/02/2016)

Registro, por oportuno, que no curso da presente ação mandamental, os impetrantes foram excluídos do regime especial de exportação referente aos produtos soha, milho e algodão em pluma e caroço de algodão, por não terem firmado o termo de compromisso referente ao ano de 2016, consoante documento de f. 20, de modo que estão sendo submetidos ao regime normal de fiscalização, razão da impetração do mandado de segurança de n. 1408819-72.2016.8.12.0000, no qual pleiteiam que a autoridade coatora se abstenha de lhe exigir ICMS sobre as operações com as quais destina produtos primários ao exterior.

Posto isso, com o parecer, rejeito a prefacial de inadequação da via eleita por necessidade de dilação probatória; acolho a preliminar de inadequação da via eleita relativamente ao pleito de compensação ou repetição dos valores eventualmente suportados ilegalmente e, no mérito, denego a segurança.

Custas pelos impetrantes, sem honorários advocatícios, porque incabíveis na espécie (art. 25 da Lei n. 12.016/09 e Súmulas 105/STJ e 512/STF).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares e, no mérito, denegaram a segurança, 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. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 07 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802988-75.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL INFERIOR A UM MÓDULO FISCAL/RURAL – FALTA DE PROVAS DE QUE SE TRATA DE IMÓVEL NÃO TRABALHADO PELA FAMÍLIA – DÍVIDA QUE NÃO REVERTEU EM PROVEITO DA ENTIDADE FAMILIAR – APLICAÇÃO DA REGRA QUE IMPEDE A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA – REFORMULAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA À RÉ.

Discute-se no presente recurso: impenhorabilidade do bem penhorado, por se tratar de bem de família; necessidade de resguardo da meação da embargante, na hipótese de manutenção da penhora, e a necessidade de atribuição integral da sucumbência para a ré-embargada.

A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, é impenhorável (art. 5º, inc. XXVI, CF/88 e art. 649, inc. VIII, CPC/73).

Interpretando o inc. XXVI, do art. 5º, da Constituição Federal/1988, o Supremo Tribunal Federal, à míngua de regulamentação legal específica, entende ser aplicável, para definição do conceito de pequena propriedade rural, a definição de "*propriedade familiar*" prevista na Lei nº 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra). Precedentes do STF e STJ.

A embargante, fazendo prova da alegação de que se trata de imóvel que serve à moradia de sua família e que dele é extraída renda oriunda de atividades rurais em regime de economia familiar, colacionou aos autos provas que induzem, em princípio, à conclusão de que realmente se desenvolve no local atividade própria de agricultura familiar. Aliado a isso, a embargada não se desincumbiu de provar, que não se trata de imóvel rural direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família para garantir-lhes subsistência.

Mesmo na hipótese em que tenha havido prévio oferecimento do bem de família em garantia real hipotecária – hipótese de exceção à regra de impenhorabilidade, *ex vi* do disposto no art. 3º, inc. V, Lei nº. 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), e da qual não se cuida, na espécie –, exige-se que tenha havido benefício à família, sendo vedada a constrição se a garantia beneficiou terceiros, como por exemplo, pessoa jurídica cujo quadro societário é composto por apenas parte dos integrantes da entidade familiar. Na hipótese, ao que tudo indica, a dívida não foi contraída em benefício da família; ao contrário, foi constituída no interesse de pessoa jurídica, cujo quadro societário é composto, juntamente com dois outros sócios, por apenas um integrante da família, qual seja, o marido da embargante.

Apelação da embargante conhecida e provida. Apelação da embargada prejudicada em razão do provimento do recurso da parte adversa.

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 de Luzia Polatto Rosa e julgar prejudicado o recurso de Viacampus Comércio e Representações Ltda, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de duas apelações interpostas por Luzia Polatto Rosa e por Viacampus Comércio e Representações Ltda contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina-MS.

Ação de embargos de terceiro opostos por Luzia Polatto Rosa contra Viacampos Comércio e Representações Ltda, na qual aduz, em suma, que não figurou no polo passivo da ação de execução na qual fora penhorada a área total da Chácara Bom Jesus, sendo que o devedor é seu marido, e não foi resguardada a sua meação. Aduz também que o imóvel é impenhorável por se tratar de bem de família.

Requereu: o reconhecimento de que se trata de bem de família, ou a desconstituição da penhora sobre os cinquenta por cento (50%) de sua meação (f. 01-11).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a desconstituição da penhora sobre cinquenta por cento (50%) do imóvel, a fim de se respeitar a meação da embargante.

Sucumbência recíproca, com honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, admitida a compensação (f. 528-533).

Embargos de Declaração: opostos pela ré Viacampos Comércio e Representações Ltda (f. 536-537), foram rejeitados (f. 539-540).

Apelação da Ré Viacampos Comércio e Representações Ltda: sustentando que deve ser mantida a penhora incidente sobre a totalidade do imóvel do casal, sendo garantida a meação da embargante quando do levantamento da quantia a ser obtida com a alienação do bem em hasta pública (f. 543-546).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos da recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 565- 566).

Apelação da autora Luzia Polatto Rosa: sustentando: que o imóvel é utilizado em sua totalidade para moradia e economia familiar, devendo ser declarado como bem de família, e, como tal, impenhorável em sua integralidade, e que saiu vencedora na maioria dos seus pedidos, devendo o embargado arcar integralmente com os honorários advocatícios de sucumbência, que devem ser fixados em percentual sobre o valor atribuído à causa (f. 550-561).

Contrarrazões: não foram apresentadas pela ré (f. 567).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso: a impenhorabilidade do bem penhorado, por se tratar de bem de família; a necessidade de resguardo da meação da embargante, na hipótese de manutenção da penhora, e a necessidade de atribuição integral da sucumbência para a ré-embargada.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 26/10/2015 (f. 541), tendo a respectiva intimação ocorrido em 29/10/2015 (f. 542), enquanto que os recursos de apelação foram interpostos em 17/11/2015 (f. 543-546 e f. 550-561).

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 os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Nos termos do art. 508, do Código de Processo Civil/1973, os recursos são tempestivos, pois interpostos no prazo de quinze (15) dias, contados da intimação pelo DJe (art. 282, CPC/73), na forma do art. 184.

Apelação da Embargante Luzia Polatto Rosa

Bem de Família

A recorrente Luzia Polatto Rosa defende que o imóvel constrito é bem de família, e, por isso, não pode ser penhorado. Alega também que a chácara é utilizada como residência da sua família bem como para trabalho em regime de economia familiar.

O imóvel penhorado é a área de terra denominada “Chácara Bom Jesus”, situada na Comarca de Nova Andradina-MS, registrada na Matrícula nº 15.983, com área remanescente de 36.637,54 m² (f. 49-52).

O art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), estipula que "*quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural*".

O art. 5º, inc. XXVI, da Constituição Federal/1988 estabelece que "*a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento*".

A norma é reforçada pelo disposto no art. 649, inc. VIII, do Código de Processo Civil/1973, que considerava absolutamente impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família.

Interpretando o inc. XXVI, do art. 5º, da Constituição Federal/1988, o Supremo Tribunal Federal, à míngua de regulamentação legal específica, entende ser aplicável, para definição do conceito de pequena propriedade rural, a definição de "propriedade familiar" prevista na Lei nº 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra), *verbis*:

> *"IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL DE EXPLORAÇÃO FAMILIAR (CONST., ART. 5º, XXVI): APLICAÇÃO IMEDIATA.*
>
> *A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar.*
>
> *A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional — sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental —, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de 'propriedade familiar' do Estatuto da Terra."* (RE 136.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 25/04/97).

Assim também é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência considera, por equiparação, para efeito do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), um (1) módulo fiscal como correspondente ao módulo rural de que trata o inc. III, do art. 4º, da Lei nº 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra), o qual tem pertinência para efeito de se definir o que é uma propriedade familiar (inc. II), e que corresponde, segundo o STF, ao conceito de pequena propriedade rural, *verbis*:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO DO MÉRITO DA CAUSA PELO TRIBUNAL, CASO TENHA SIDO PROPICIADO O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, COM REGULAR E COMPLETA INSTRUÇÃO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. PENHORA DE 50 % DE IMÓVEL RURAL, CUJA ÁREA TOTAL CORRESPONDE A 8,85 MÓDULOS FISCAIS. VIABILIDADE.*
>
> *1. A interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.*
>
> *2. **À míngua de expressa disposição legal definindo o que seja pequena propriedade rural, no que tange à impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 5º, XXVI, da Constituição Federal, é adequado se valer do conceito de «propriedade familiar» extraído do Estatuto da Terra**. Precedente do STF.*

3. O módulo fiscal, por contemplar o conceito de "propriedade familiar" estabelecido pelo Estatuto da Terra como aquele suficiente à absorção de toda a força de trabalho do agricultor e de sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, atende também ao preceito da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, previsto no artigo 649, VIII, do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente provido, apenas para resguardar da penhora a sede de moradia da família." (REsp 1.018.635/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 01/02/2012)

"RECURSO ESPECIAL - IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - DIREITO FUNDAMENTAL QUE, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA, TEM APLICAÇÃO IMEDIATA - ESTATUTO DA TERRA - CONCEITOS DE MÓDULO RURAL E FISCAL - ADOÇÃO - EXTENSÃO DE TERRA RURAL MÍNIMA, SUFICIENTE E NECESSÁRIA, DE ACORDO COM AS CONDIÇÕES (ECONÔMICAS) ESPECÍFICAS DA REGIÃO, QUE PROPICIE AO PROPRIETÁRIO E SUA FAMÍLIA O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA PARA SEU SUSTENTO - CONCEITO QUE BEM SE AMOLDA À FINALIDADE PERSEGUIDA PELO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - CONCEITO CONSTANTE DA LEI N. 8.629/93 - INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Não há, até o momento, no ordenamento jurídico nacional, lei que defina, para efeitos de impenhorabilidade, o que seja "pequena propriedade rural". A despeito da lacuna legislativa, é certo que referido direito fundamental, conforme preceitua o § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata. Deve-se, por consequência, extrair das leis postas de cunho agrário exegese que permita conferir proteção à propriedade rural (tida por pequena - conceito, como visto, indefinido) e trabalhada pela família;

II - O conceito de módulo rural, ainda que absolutamente distinto da definição de fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à finalidade dos institutos, conforme, aliás, esta a. Corte já decidiu (ut REsp 66672/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ. 15/08/1995), é, na prática, indistintamente tomado por aquela;

III - A definição do módulo fiscal efetuada pelo Estatuto da Terra, além de considerar os fatores específicos da exploração econômica própria da região, imprescindíveis para o bom desenvolvimento da atividade agrícola pelo proprietário do imóvel, utiliza também, em sua mensuração, o conceito de propriedade familiar (módulo rural), como visto, necessário, indiscutivelmente, à caracterização da pequena propriedade rural para efeito de impenhorabilidade;

IV - Por definição legal, um módulo fiscal deve abranger, de acordo com as condições específicas de cada região, uma porção de terras, mínima e suficiente, em que a exploração da atividade agropecuária mostre-se economicamente viável pelo agricultor e sua família, o que, como visto, bem atende ao preceito constitucional afeto à impenhorabilidade;

V - A Lei n. 8.629/93, ao regulamentar o artigo 185 da Constituição Federal, que, ressalte-se, trata de desapropriação para fins de reforma agrária, e definir o que seja "pequena propriedade rural", o fez tão-somente para efeitos daquela lei.

VI - Veja-se que, se um módulo fiscal, definido pelo Estatuto da Terra, compreende a extensão de terras rurais, mínima, suficiente e necessária, de acordo com as especificidades da região, para que o proprietário e sua família desenvolvam a atividade econômica inerente ao campo, não há razão para se adotar o conceito de pequena propriedade rural constante da Lei n. 8.626/93 (voltado à desapropriação para fins de reforma agrária), o

qual simplesmente multiplica em até quatro vezes a porção de terra que se reputa mínima e suficiente;

VII - Recurso Especial improvido." (REsp 1.007.070/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 01/10/2010)

Valiosa a lição extraída do voto condutor, da lavra do ilustre Ministro Massami Uyeda, proferido no julgamento do retrocitado REsp nº 1.007.070/RS:

"A impenhorabilidade da pequena propriedade rural, como direito fundamental que é, tem assento constitucional, nos termos do inciso XXVI do artigo 5º da Constituição Federal, in verbis: "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento".

Assinala-se, contudo, que, até o momento, inexiste lei específica que regulamente o supracitado dispositivo constitucional. É dizer, não há, ainda, no ordenamento jurídico nacional, lei que defina, para efeitos de impenhorabilidade, ressalte-se, o que seja '*pequena propriedade rural*'. A despeito da lacuna legislativa, é certo que referido direito fundamental, conforme preceitua o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, tem aplicação imediata. Deve-se, por consequência, extrair das leis postas de cunho agrário exegese que permita conferir proteção à propriedade rural (tida por pequena - conceito, como visto, indefinido) e trabalhada pela família.

Nesse contexto, a Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra) trouxe dois conceitos, o de módulo rural e o de módulo fiscal, que, efetivamente, podem auxiliar na definição mais próxima do que seja pequena propriedade rural, para efeitos de impenhorabilidade. O Estatuto da Terra define, em seu artigo 4º, o módulo rural como a área compreendida pela propriedade familiar que, por sua vez, abrangerá '*o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros*'.

De fato, o conceito de módulo rural, nesses termos propostos, teria o condão de atender ao escopo do preceito constitucional, na medida em que se direciona a abranger a extensão de terra (rural) mínima, necessária e suficiente, para que o proprietário e sua família possam, por meio do desenvolvimento da atividade agrícola, obter seu sustento, com o consequente progresso da região. À porção de terras que atenda a tais características certamente deve ser reputada impenhorável.

Contudo, na prática, o módulo rural, que, no caso dos autos sequer é suscitado (não por outra razão), desvirtuou-se com o passar dos anos. O conceito de módulo rural, ainda que absolutamente distinto da definição de fração mínima de parcelamento, seja quanto ao conteúdo, seja quanto à finalidade dos institutos, conforme, aliás, esta augusta Corte já decidiu (*ut* REsp 66.672/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ. 15/08/1995), é, na prática, indistintamente tomado por aquela. Desvirtuamento já constatado, inclusive, por abalizada doutrina, conforme dá conta, v. g., o escólio do Prof. Paulo Guilherme de Almeida:

"[...]Assim, o módulo rural, a despeito de sua conceituação legal ser consentânea com o instituto da impenhorabilidade, na prática, não é adotado.

A Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra) define, também, o chamado módulo fiscal como sendo a unidade expressa em hectares, para efeito de incidência do Imposto sobre Território Rural, que leva em consideração, concomitantemente: i) o conceito de propriedade familiar (constante do supracitado artigo 4º); ii) o tipo de exploração predominante no município; iii) a renda obtida com a exploração predominante; e iv) outras explorações existentes no município que, embora não predominantes, sejam significativas em função da renda ou da

> *área utilizada. Consigna-se, inclusive, que, nos termos legais, o referido tributo não incide sobre imóvel rural igual ou inferior a um módulo fiscal, desde que explorado diretamente pelo proprietário e sua família.*
>
> *Por sua pertinência, transcreve-se a seguinte disposição legal:[...]"*

Não obstante a finalidade tributária que, incontroversamente, refoge do tema ora abordado, é certo que a definição do módulo fiscal constante do Estatuto da Terra, além de considerar os fatores específicos da exploração econômica própria da região, imprescindíveis para o bom desenvolvimento da atividade agrícola pelo proprietário do imóvel, utiliza também, em sua mensuração, o conceito de propriedade familiar (módulo rural), como visto, necessário, indiscutivelmente, à caracterização da pequena propriedade rural para efeito de impenhorabilidade.

Vê-se, assim, por definição legal, que um módulo fiscal abrange, de acordo com as condições específicas de cada região, uma porção de terra rural, mínima e suficiente, em que a exploração da atividade agropecuária mostra-se economicamente viável pelo agricultor e sua família, o que, como visto, bem atende ao preceito constitucional afeto à impenhorabilidade.

É de se assinalar, também, que a anterior redação do inciso X do artigo 649 do Código de Processo Civil, ofertada pela Lei n. 7.513/86, ao prescrever a impenhorabilidade do imóvel rural (tido por pequeno), assentou que este compreenderia até um módulo, sem, contudo, especificar se rural ou se fiscal. Este inciso, ainda, condicionava, na sua parte final, que referido imóvel deveria ser o único de que dispusesse o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário. Deste preceito legal, ressalte-se, valeu-se o acórdão recorrido.

Referido preceito, ante a não recepção de sua parte final pela Constituição Federal/1988, já reconhecida, inclusive, por esta Corte (*ut* Resp n. 262.641/RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ. 15.4.2002), restou revogado pela Lei n. 11.382/2006 que, ao conferir nova redação ao (agora) inciso VIII do artigo 649 do Código de Processo Civil, praticamente repetiu o preceito constitucional, sem definir o que seja pequena propriedade rural. Conclui-se, contudo, que a anterior redação, em razão do que até aqui se expôs, referia-se, na prática, a um módulo fiscal.

Nessa linha de raciocínio, a pretensão da ora recorrente de adotar o conceito de pequena propriedade rural constante da Lei n. 8.629/93, para efeitos de impenhorabilidade, não pode prosperar.

Isso porque a Lei n. 8.629/93, ao regulamentar o artigo 185 da Constituição Federal, que, ressalte-se, trata de desapropriação para fins de reforma agrária, e definir o que seja "pequena propriedade rural", o fez tão-somente para efeitos daquela Lei. Aliás, referida Lei é expressa nesse sentido:

> *"[...] Não bastasse a apontada especificidade da Lei n. 8.629/93, tem-se que os padrões nela estabelecidos refogem efetivamente do âmbito de proteção albergado pelo instituto da impenhorabilidade da pequena propriedade rural.*
>
> *Veja-se que, se um módulo fiscal, definido pelo Estatuto da Terra, compreende a extensão de terra rural mínima, suficiente e necessária, de acordo com as especificidades da região, para que o proprietário e sua família desenvolvam a atividade econômica inerente ao campo, não há razão para se adotar o conceito de pequena propriedade rural constante da Lei n. 8.629/93 (voltado à desapropriação para fins de reforma agrária, em que se perquire outros requisitos tais como a necessidade ou utilidade pública e interesse social), o qual simplesmente multiplica em até quatro vezes a porção de terra que se reputa mínima e suficiente."*

Com efeito, o módulo fiscal da Cidade de Nova Andradina é de quarenta (40) hectares, conforme é possível se aferir no *site* do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra)[1].

Na espécie, conforme já salientado, o imóvel penhorado possui 36.637,54 m² (f. 50, AV 5), extensão que corresponde à 3,66 hectares, sendo, portanto, indubitavelmente, classificado como pequena propriedade rural.

Assim, está atendido o primeiro requisito previsto no dispositivo constitucional.

Com isso, afasta-se, desde logo, a possibilidade de penhora parcial, a incidir a proteção apenas sobre a "*sede de moradia, com os respectivos bens móveis*", nos termos do § 2º, do art. 3º, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), pois não se trata de um "imóvel rural" qualquer.

Ao contrário, conforme salientado, cuida-se na espécie, na acepção legal, de uma "pequena propriedade rural", cuja indivisibilidade é manifesta, dado tratar-se o bem penhorado de imóvel inferior a um módulo fiscal/rural, e, por isso mesmo, não se recomenda desmembramento em dimensão ainda menor, mesmo porque a unidade de medida referida se presta a "*evitar a proliferação de áreas tidas como antieconômicas para efeito de exploração agropecuária, o que acarreta problemas de distorção fundiária*" (MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pg. 50-52).

Como bem observou o Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.018.635/ES (Quarta Turma, DJe 01/02/2012), mesmo para hipóteses de áreas maiores, "*o atributo da impenhorabilidade restringe-se à dimensão da área regionalmente definida como módulo rural*".

Igualmente se decidiu nos seguintes precedentes:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANULAÇÃO DE PENHORA REALIZADA EM BEM IMPENHORÁVEL (ART. 4º, § 2º, DA LEI N. 8.009/90).*
>
> *1. A circunstância de o imóvel rural que constitui residência da família e por esta seja trabalhado ultrapassar as dimensões definidas para a pequena propriedade não lhe retira o atributo da impenhorabilidade. Restringe-se este atributo, todavia, à dimensão da área regionalmente definida como módulo rural.*
>
> *2. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 230.363/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 05/09/2005)*
>
> *"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. BEM DE FAMÍLIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *[...]*
>
> *2. O art. 4°, § 2°, da Lei n° 8.009/90 não restringe a declaração de impenhorabilidade do imóvel rural à "sede da moradia", mas nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, como na hipótese dos autos, à área limitada como pequena propriedade rural.*
>
> *[...]*
>
> *6. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1076317/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 11/04/2011)

1 http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/indices-cadastrais/indices_basicos_2013_por_municipio.pdf (pg. 111).

De outro lado, no que diz respeito à exigência de ser a área de terra "trabalhada pela família" – segundo requisito da norma constitucional –, entendo que a embargante, fazendo prova da alegação de que se trata de imóvel que serve à moradia de sua família e que dele é extraída "*renda oriunda de atividades rurais em regime de economia familiar*" (f. 05), colacionou aos autos, às f. 14-59 e f. 507-515, provas que induzem, em princípio, à conclusão de que realmente se desenvolve no local atividade própria de agricultura familiar.

A propósito, o Oficial de Justiça, quando da penhora e avaliação, assim descreveu o imóvel em questão:

> *"Uma área de terras remanescente, medindo 36.637,54 m² (trinta e seis mil, seiscentos e trinta e sete metros e cinquenta e quatro centímetros quadrados), parte dos lotes 04, 05 e 06 da Gleba "E", da planta de loteamento desta cidade e comarca de Nova Andradina-MS, sito na antiga estrada boiadeira, hoje anel viário, cujo limites, medidas e confrontações constam na matrícula nº 15.983 do Serviço de Registro de Imóveis local.*
>
> *Benfeitorias:*
>
> *A) Uma casa residencial em alvenaria onde moram os executados, com 82,55 m² (13m x 6,35m), com cinco cômodos e dois banheiros, cobertura com telha de amianto, piso cerâmico, forro em madeira, uma dispensa de 12,50 m² (2,5m x 5m), em alvenaria, coberta com telha de amianto. Anexo a casa existe outra dispensa, com mais dois quartos e um banheiro, onde antigamente era uma área de lazer e serviços, coberta com telha de amianto, piso em cerâmica, medindo 61,22 m² (sessenta e um metros e vinte e dois centímetros quadrados);*
>
> *B) Um curral para lida de gado leiteiro, com 72,00 m² (8,00 x 9,00), coberto com telhas de zinco, piso sem pavimentação (chão batido), cercado por tábuas e arame liso;*
>
> *C) Um poço semi-artesiano, com um galpão em alvenaria sem rebocar, com 6,60 m² (2,20m x 3,00m), coberto com laje e uma caixa d'água;*
>
> *D) Um sistema de irrigação para área de um hectare, em módulos com 48 (quarenta e oito) aspersores;*
>
> *E) Uma área reservada para cultivo de hortaliças e legumes com dez canteiros e sistema de irrigação.*
>
> *F) Formação de pastagem cercada com arame liso e mourões em madeira." (f. 517)*

Como se vê, da descrição das benfeitorias do imóvel, ao que tudo indica, o imóvel efetivamente é utilizado para a subsistência familiar, não havendo prova alguma nos autos a infirmar tal conclusão.

Aliado a isso, a embargada não se desincumbiu de provar, no exercício do seu ônus processual previsto no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil/1973, que não se trata de imóvel rural direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família para garantir-lhes subsistência.

Aliás, a ré, em sua defesa, como se vê da contestação (f. 78-85), concentrou-se mais em afirmar a possibilidade de haver outras fontes de renda (recebimento de benefício previdenciário) pela família da embargante – questão, deveras, secundária à luz dos requisitos legais apreciados –, do que propriamente em atacar e demonstrar uma possível existência de área não trabalhada (improdutiva).

No que concerne à origem do débito – vide parte final, do inc. XXVI, do art. 5º, da CF/88 –, deve-se salientar que a Constituição Federal/1988, ao prever a impenhorabilidade por "*débito decorrente de sua atividade produtiva*", não pretendeu limitar a proteção apenas para as hipóteses em que o débito decorra da atividade rural – mesmo porque seria ilógico e irracional imaginar se abrir exceção para todo e qualquer outro débito –, ao contrário, pretendeu o constituinte ampliar a impenhorabilidade mesmo quando se tratar de dívida oriunda do fomento da atividade, daí porque, antes mesmo da nova redação do inc. VIII, do art. 649, do Código de Processo Civil/1973 – conferida pela Lei nº 11.382, de 06/12/2006 –, já se entendia não ser possível a constrição em razão de "*hipoteca para fins de financiamento agropecuário*", conforme dispunha o antigo inc. X, do art. 649.

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. GARANTIA HIPOTECÁRIA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE PRODUTIVA. IMPENHORABILIDADE. ARTS. 649, VIII, DO CPC, E 5º, XXVI, DA CF/88. PROVIMENTO.*
>
> *1. A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Artigos 649, VIII, do Código de Processo Civil, e 5º, XXVI, da Constituição Federal.*
>
> *2. Recurso provido para afastar a penhora."* (REsp 1.368.404/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/11/2015)
>
> *"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. GARANTIA DO PENHOR NÃO HONRADA. PENHORA DE ÁREA DE TERRAS RURAIS ANTERIORMENTE HIPOTECADA AO MESMO CREDOR EM EXECUÇÃO DIVERSA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM (CF, ART. 5º, XXVI; CPC, ART. 649, VIII (ANTES INCISO X); DECRETO-LEI 167/67, ART. 69). PROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1 - A pequena propriedade rural, ainda que oferecida anteriormente em hipoteca ao mesmo credor, não pode ser penhorada para pagamento de cédula rural pignoratícia, não honrada com o penhor inicialmente contratado.*
>
> *2 - Em harmonia com o disposto no art. 5º, XXVI, da Constituição da República, a nova redação do inciso VIII (antigo inciso X) do art. 649 do CPC suprimiu a anterior exceção legal, afastando qualquer dúvida: nem mesmo eventual hipoteca é capaz de excepcionar a regra que consagra a impenhorabilidade da pequena propriedade rural sob exploração familiar.*
>
> *3 - Recurso especial desprovido."* (REsp 684.648/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 21/10/2013)
>
> *"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. GARANTIA DE HIPOTECA. IMÓVEL RURAL. BEM DE FAMÍLIA. ARTS. 649-X, CPC E 3º-V, LEI 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DERROGAÇÃO PELO ART. 4º, § 2º, LEI 8.009/90. RECURSO DESACOLHIDO.*
>
> *I – A parte final do art. 649, X, CPC não restou recepcionada pela Constituição de 1988, cujo art. 5º, XXVI, considera impenhorável a pequena propriedade rural de exploração familiar.*

> *II - A par da não recepção, a parte final do art. 649, X, CPC foi derrogada por disposição posterior e especial contida no art. 4º, § 2º da Lei 8.009/90."* (REsp 262.641/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, , DJ 15/04/2002)

A par disso, ao se atentar para a origem da dívida que deu origem à constrição em análise, percebe-se, ainda mais, o quanto é ilegítima a penhora, na espécie.

Com efeito, resta incontroverso nos autos que o crédito exequendo é originário de duas Notas Promissórias emitidas pela empresa JR Agropecuária Ltda, da qual o esposo da embargante era sócio (f. 97-98); não por acaso esta sustenta não ter obtido proveito em razão dessa dívida, pois esta não teria gerado qualquer benefício direto à entidade familiar, mesmo porque a referida pessoa jurídica era integrada por outros dois sócios.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo na hipótese de ter havido prévio oferecimento de bem de família em garantia real hipotecária – hipótese de exceção à regra da impenhorabilidade, *ex vi* do disposto no art. 3º, inc. V, Lei nº. 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família) –, exige-se que tenha havido benefício da família, sendo vedada a constrição se a garantia beneficiou terceiros, como por exemplo, pessoa jurídica cujo quadro societário seja composto por apenas parte dos integrantes da entidade familiar.

Em importante precedente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação do dispositivo citado (REsp nº 1.413.717/PR, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013), a eminente e culta Min. Nancy Andrighi fez longa digressão acerca da evolução jurisprudencial do tema, merecendo colação o seguinte trecho:

> *"[...]*
>
> *05. Não é de hoje que o bem de família atrai a atenção desta Corte, sendo paulatina e longínqua sua evolução no âmbito jurisprudencial e no próprio Direto brasileiro.*
>
> *06. Merece especial atenção a jurisprudência deste Tribunal, que historicamente reafirma seu compromisso de unicidade na interpretação e conformação da lei federal, ressaltando-se a marcante influência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores constitucionais consectários.*
>
> *07. Nesse compasso, à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (art. 6º, art. 7º, IV, 23, IX), a jurisprudência do STJ, na interpretação da Lei 8.009/1990, sempre cuidou de enaltecer seu caráter protecionista e publicista, assegurando-se especial proteção ao bem de família.*
>
> *08. Há muito se tem reconhecido tratar-se a Lei 8.009/1990 de norma cogente e de ordem pública, destacando-se, por sua notoriedade, as seguintes decisões:*
>
> *[...]*
>
> *09. Por corolário, verifica-se a existência de decisões que prestigiam sobretudo o interesse da família, em sobreposição à eventual ato de disposição manifestado por devedor dela integrante (v.g., REsp 1.059.805/RS, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJe 02/10/2008) e, ainda, que conferem ao rol de exceções à impenhorabilidade do bem de família, previsto no art. 3º da Lei 8.009/1990, a natureza numerus clausus* (vg. REsp 205.040/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 13/09/1999).
>
> *10. Calcada nessas premissas, a jurisprudência hodierna está consolidada no sentido de que "a impenhorabilidade do bem de família só não será oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar"* (AgRg no AREsp 48.975/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 25/10/2013).

11. De notável representatividade afiguram-se os seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE RÉDITO COMERCIAL COM HIPOTECA. IMÓVEL HIPOTECADO DE PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA. ÚNICO BEM A SERVIR DE MORADA À ENTIDADE FAMILIAR. LEI 8.009/1990. IMÓVEL DADO EM GARANTIA EM FAVOR DE TERCEIRA PESSOA JURÍDICA. INTERVENIENTES HIPOTECANTES NÃO BENEFICIÁRIOS DO EMPRÉSTIMO. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. BENEFÍCIO QUE NÃO ADMITE RENÚNCIA POR PARTE DE SEU TITULAR. CARACTERIZAÇÃO DO BEM, OBJETO DA EXECUÇÃO, COMO BEM DE FAMÍLIA. CONVICÇÃO FORMADA COM BASE NO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. "Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da Lei n° 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem." (REsp 1.178.469/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 10/12/2010)

2. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que a incidência da proteção dada ao bem de família somente é afastada se caracterizada alguma das hipóteses descritas nos incisos I a IV do art. 3° da Lei 8.009/1990. Precedentes.

3. O benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente mesmo sobre a vontade manifestada, não admitindo sua renúncia por parte de seu titular. A propósito, entre outros: REsp 875.687/RS, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/8/2011, DJe 22/8/2011; REsp 805.713/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/3/2007, DJ 16/4/2007.

4. A firme jurisprudência do STJ é no sentido de que a excepcionalidade da regra que autoriza a penhora de bem de família dado em garantia (art. 3º, V, da Lei 8009/90) limita-se à hipótese de a dívida ter sido constituída em favor da entidade familiar, não se aplicando na hipótese de ter sido em favor de terceiros - caso dos autos. (AgRg no Ag 1.126.623/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/9/2010, DJe 6/10/2010; REsp 268.690/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 12/3/2001).

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 264.431/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 11/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.

3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.

4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.

5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 988.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 08/06/2012)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE DÍVIDA CONTRAÍDA EM FAVOR DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA.

1. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.022.735/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe 18/02/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. ART. 3º, V, da Lei 8.009/90. BEM DOS SÓCIOS DE EMPRESA. HIPOTECA DE CONTRATO DA EMPRESA. BENEFICIÁRIOS PRÓPRIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Acerca do art. 3º, V, da Lei 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituídores da hipoteca deram o bem como garantia da própria dívida, constituindo-se nos próprios beneficiários.

2. Não se pode presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da família.

3. Agravo regimental não improvido. (AgRg no Ag 1.126.623/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 06/10/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. BEM HIPOTECADO EM BENEFÍCIO DA PRÓPRIA ENTIDADE FAMILIAR. GARANTIA REAL CONCEDIDA EM BENEFÍCIO DE TERCEIRO. IMPENHORABILIDADE MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.

Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 921.299/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 28/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V. EXEGESE.

I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite

presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90.

II. Recurso especial não conhecido. (REsp 302.186/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, DJ 21/02/2005)

12. Como se pode ver, a construção pretoriana tem prestigiado a entidade familiar ainda quando presente hipótese de exceção à regra da impenhorabilidade, a exemplo da "execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real" (art. 3º, inc. V, Lei 8.009/1990).

13. Vale dizer, prevalece a compreensão de que a excepcionalidade se submete à principiologia que deu ensejo à lei do bem de família, curvando-se esta também à sua mens legis. É que, consoante frisa Luís Roberto Barroso, "o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto." (BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional . Ed.. Renovar. Rio de Janeiro : 2003. pg. 361).

14. Nessa tônica, das decisões existentes no STJ, extrai-se que o vetor principal a nortear em especial a interpretação do inc. V do art. 3º da Lei 8.009/1990 vincula-se à aferição acerca da existência (ou não) de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem (ainda que, conforme sustenta o recorrente, a lei não disponha exatamente nesse sentido).

15. Em síntese, se a hipoteca não reverte em benefício de toda família, favorecendo, v.g., apenas um de seus integrantes, em garantia de dívida de terceiro (a exemplo de uma pessoa jurídica da qual aquele é sócio), prevalece a regra da impenhorabilidade como forma de proteção à família – que conta com especial proteção do Estado; art. 226, CF/88 – e de efetividade ao direito fundamental à moradia (art. 6º, CF/88)."

Na hipótese dos autos, ao que tudo indica, a dívida não foi contraída em benefício da família; ao contrário, foi constituída no interesse de pessoa jurídica, cujo quadro societário é composto por apenas um integrante da família, qual seja, o marido da embargante.

Na há prova – e este ônus também era da embargada, já que é a credora da dívida, e conhece sua origem, características etc. – de que, de alguma forma, toda a entidade familiar dela se beneficiou.

Note-se, ademais, que a constrição impugnada não é oriunda de anterior oferecimento do bem como garantia hipotecária; ao contrário, a penhora decorre do simples fato de constar o nome do marido da embargante, devedor na Ação de Execução nº 0600226-12.2011.8.12.0017 (conexa aos presentes Embargos de Terceiro), como proprietário do bem no assento imobiliário.

Nesse contexto, avulta ainda mais a impenhorabilidade do imóvel, pois sequer há, na espécie, a prática de ato voluntário de disposição – a possibilitar, ainda que hipoteticamente, a incidência de alguma exceção legal –, de modo que prevalece, sem dúvidas, a regra que confere proteção ao bem de família.

Assim, para se manter a unicidade e a uniformidade na interpretação da Lei nº 8.009, de 29/03/1990 (Lei do Bem de Família), a sentença deve ser reformada, a fim de que seja reconhecida a impenhorabilidade sobre todo o bem imóvel em questão.

Atribuição da Sucumbência

Sustenta a embargante-apelante, à luz da atribuição da sucumbência feita pela sentença recorrida, a necessidade de ser melhor distribuída, pois "*teve a maioria de seus pedidos julgados procedentes*" (f. 555).

De fato, o capítulo da sentença relativo à sucumbência deve ser naturalmente revisto, não necessariamente pelas razões invocadas no recurso – que se relacionavam à parcial procedência do pedido –, mas como corolário natural, decorrente da reforma da sentença, nos termos delineados no item anterior.

Assim, com a procedência do pedido principal, consistente na declaração de impenhorabilidade de todo o imóvel, a sucumbência deve ser revista, a fim de que seja atribuída ao réu o respectivo ônus, nos termos do art. 20, *caput*, do Código de Processo Civil/1973.

No tocante aos honorários advocatícios, considerando-se não ter havido condenação, impõe-se a fixação à luz de um juízo de equidade (§ 4º, art. 20, CPC/73), lastreado nas circunstâncias descritas nas alíneas do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil/1973.

Com efeito, observada, de um lado, a alta complexidade da ação, a sua importância e o valor econômico envolvido, o grau de zelo e empenho do Advogado da embargante, e, de outro, o reduzido tempo de tramitação do processo, o local da prestação do serviço (comarca próxima à capital, com acesso ao processo eletrônico), reputo razoável, e suficiente à justa e condigna remuneração do causídico, a fixação dos honorários de sucumbência em R$ 3.000,00.

Apelação da embargada Viacampus Comércio e Representações Ltda

Penhora da Integralidade do Bem

Em razão do provimento da apelação da embargante, o recurso da embargada Viacampus Ltda – que pretendia fosse mantida a penhora sobre a integralidade do imóvel, reservando-se, a título de meação da esposa, a metade de eventual quantia obtida com a alienação judicial do bem –, está prejudicado, porquanto reconhecida a impenhorabilidade de todo o imóvel.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Luzia Polatto Rosa e dou-lhe provimento para reconhecer a impenhorabilidade da Chácara Bom Jesus (Matrícula nº 15.983; Nova Andradina-MS; área remanescente de 36.637,54 m²), tendo em vista que se trata de bem de família.

Em consequência, nos termos do art. 20, *caput*, do Código de Processo Civil/1973, atribuo à ré a integralidade dos ônus sucumbenciais, fixando, assim, em R$ 3.000,000 os respectivos honorários de sucumbência (art. 20, § 4º, CPC/73).

Ao seu turno, ante a modificação da sentença e consequente procedência do pedido principal, fica prejudicado o recurso interposto pela ré Viacampus Comércio e Representações Ltda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Luzia Polatto Rosa e julgaram prejudicado o recurso de Viacampus Comércio e Representações Ltda, 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, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1405159-70.2016.8.12.0000
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO COMPULSÓRIA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA – IMPUGNAÇÃO DO ATO DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ADMITIU A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO E TAMBÉM DE ATO POSTERIOR DO RELATOR SORTEADO – LEGITIMIDADE DESTE PARA INTEGRAR O POLO PASSIVO DA LIDE – ATRIBUTO DE AUTORIDADE CONFERIDA AO RELATOR NOS TERMOS DA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO LIMINAR DE PROVAS – VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA – QUALIFICAÇÃO INTUITO *PERSONAE* DO MODO DE ATUAR DO PROMOTOR DE JUSTIÇA – VERIFICAÇÃO DE VIÉS DISCIPLINAR – OFENSA INDEVIDA À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.

O relator do procedimento destinado à deliberação acerca de eventual remoção compulsória é, sem dúvida, considerado autoridade para efeitos legais, pois dotado de poderes previamente estabelecidos em norma legal que rege a matéria, sendo, portanto, legítimo para integrar o polo passivo de mandado de segurança, especialmente quando pratica ato, em caráter unipessoal, que o impetrante julga ter violado seu direito à ampla defesa. Ademais, o pedido se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, e, na espécie, não há dúvidas de que o impetrante impugnou o ato praticado pelo Relator, inclusive sendo este, ao que tudo indica, o fato que determinou o manejo da ação, tendo em vista que a decisão que indeferiu a pretendida prova foi o último ato praticado no procedimento antes da propositura do *writ*.

Ínsito ao procedimento de remoção compulsória a possibilidade de produção imediata de provas (v.g., § 1º, do art. 143, da Res. CNMP nº 92, de 13/03/2013 - Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público), insubsistente o indeferimento prematuro; salvo se demonstrado abuso no direito de defesa, o que não é o caso dos autos.

Sendo uma medida de exceção, restritiva e de mitigação à garantia da inamovibilidade prevista na Constituição Federal/1988 (art. 127, § 5º, inc. I, alínea "b"), o interesse público a subsidiar sua aplicação deve encerrar caráter induvidoso, sem margem possível de interferência *intuitu personae* na esfera de atuação funcional do membro, sob pena de se vulnerar princípio institucional extremamente valioso para a livre e reta atuação do Ministério Público, qual seja, o da independência funcional (art. 127, § 1º, CF/88).

Segurança concedida.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por A. P. C. S., Promotor de Justiça Titular da xx Promotoria de Justiça desta Capital, contra ato do Procurador de Justiça A. J. de L. e do Conselho Superior do Ministério Público que, em 15/03/2016, deliberou pela admissibilidade da representação de remoção compulsória, oriunda de proposta do Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Mandado de segurança: sustenta, em síntese, a ilegalidade do ato praticado pelo Procurador de Justiça A. J. de L. e pelo Conselho Superior do Ministério Público, pois os fatos que deram ensejo à instauração do procedimento impugnado estariam albergados e protegidos pela prerrogativa de independência funcional, o que, inclusive, já teria sido reconhecido tanto pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), relativamente a um dos fatos imputados ao impetrante, quanto pelo próprio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no âmbito do Mandado de Segurança nº 1412390-22.2014.8.12.000, no que tange aos fatos averiguados em correição e que deram ensejo ao procedimento impugnado.

Aponta violação ao direito líquido e certo previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal/1988.

Requereu a concessão de liminar para suspender "*os efeitos da decisão de admissão da representação que instaurou o Processo Administrativo 09.2015.00000462-1 objetivando a remoção compulsória do processado e seu possível afastamento cautelar*", justificando que "*a permanência do ato e o regular andamento do processo punitivo viciado, em especial a oitiva do representado aos 25 de maio de 2016, fere direito líquido e certo conforme explicitado neste writ*".

No mérito, pediu seja "*anulada a instauração do Processo Administrativo 09.2015.00000462-1*" (f. 01-39).

Petição de juntada: citando falha no sistema, juntou o impetrante os documentos de f. 48-134, a fim de instruir o presente mandado de segurança.

Custas: pagamento de custas comprovado às f. 40-42 e às f. 135-142.

Decisão Liminar: determinou, liminarmente, a suspensão do Processo Administrativo nº 09.2015.00000462-1, até o julgamento final do presente *writ* (f. 143-155).

Informações do Relator do Procedimento no MPE/MS: o Procurador de Justiça Aroldo José de Lima, na condição de Relator do procedimento impugnado, sustentou, preliminarmente: a sua ilegitimidade passiva para figurar na lide como autoridade coatora, aduzindo, ainda, no mérito, que deve ser denegada a segurança, tendo em vista que "*não há direito líquido e certo a ser amparado, porquanto o procedimento de remoção compulsória segue seu trâmite normalmente, sem atropelos e sem desgarrar das garantias do devido processo legal, pois não houve juízo de afastamento cautelar do Impetrante de suas funções, nem tampouco foi cerceado seu direito de defesa*" (f. 163-167).

Informações do Procurador-Geral de Justiça: manifestando-se na condição de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça P. C. dos P. também pugnou pela denegação da segurança, sustentando que "*não se pode constatar, nessa fase procedimental, qualquer flagrante violação ao livre convencimento, à independência funcional ou ao direito de defesa do Impetrante*", mesmo porque "*a análise quanto à independência funcional não foi ainda apreciada pelo Conselho Superior*." (f. 168-172).

Parecer do Ministério Público: exercendo a função ministerial de *custos legis*, opinou a Procuradora de Justiça M. C. C. B. pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Procurador de Justiça A. J. de L., pugnando, no mérito, pela denegação da segurança (f. 176-194)

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Procurador de Justiça A. J. de L. e do Conselho Superior do Ministério Público.

O órgão colegiado impetrado deliberou, em 15/03/2016, pela admissibilidade de representação para remoção compulsória do impetrante, sugerida pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, e ratificada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 97-98), na forma do art. 71, inc. II, da Lei Complementar Estadual nº 72, de 18/01/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul), e dos artigos 68, *caput*, e 70, inc. I, da Res.-CSMP nº 03, de 18/12/2012 (Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público).

Relativamente à admissão da representação pelo Conselho Superior do Ministério Público, o impetrante aduz, em suma, que os fatos mencionados na Correição Ordinária realizada pelo Corregedor-Geral, e que deram ensejo à instauração do procedimento impugnado estão albergados pelo manto da independência funcional.

Outrossim, no tocante ao ato coator imputado ao Relator do procedimento instaurado, o Procurador de Justiça A. J. de L., sustentou o impetrante a ocorrência de irregularidade de ordem formal, às vésperas de sua oitiva pessoal e na iminência da deliberação acerca de seu afastamento cautelar, consistente no indeferimento de produção de prova *in limine*, destinada à comparação de dados objetivos da Promotoria de Justiça da qual o impetrante é titular com os de outra Promotoria de Justiça de idêntica atribuição.

Este é, em síntese, o quadro fático que subjaz o presente mandado de segurança.

Preliminar de ilegitimidade passiva do Relator

Relativamente à preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Procurador de Justiça A. J. de L., anoto que a impetração, embora o faça em caráter secundário, também se volta contra ato do Relator do Procedimento Administrativo nº 09.2015.000000462-1, qual seja, de indeferimento da produção liminar de prova documental, que seria intimamente ligada ao objeto da apuração administrativa, e que serviria, segundo aduziu o impetrante, para lastrear seus esclarecimentos, a serem prestados em oitiva pessoal, bem como para subsidiar sua defesa quanto à possibilidade de ser afastado cautelarmente, nos termos do art. 75, da Res.-CSMP nº 03, de 18/12/2012 (Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público).

Embora a impetração também questione o ato do Conselho Superior, que admitiu o procedimento voltado à remoção compulsória do impetrante, e ainda que se invoque, em defesa dos impetrados, a legitimidade exclusiva do órgão colegiado, é certo que a decisão que indeferiu a prova pretendida pelo impetrante foi tomada tão somente em caráter unipessoal, daí porque não subsistem os argumentos relativos à ilegitimidade do Relator.

Nos termos do art. 1º, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança), conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer

violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Conforme lecionam Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, por autoridade se entende "*a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma geral*" (*in* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo : Editora Malheiros, 2014, 36ª edição, pg. 34).

O Relator do procedimento destinado à deliberação acerca de eventual remoção compulsória é, sem dúvida, considerado autoridade para efeitos legais, pois dotado de poderes previamente estabelecidos em norma legal que rege a matéria (*v.g.*, Res. CSMP nº 03, de 18/12/2012 e Lei Complementar Estadual nº 72, de 18/01/1994), sendo, portanto, legítimo para integrar o polo passivo de Mandado de Segurança, especialmente quando pratica ato, em caráter unipessoal, que o impetrante julga ter violado seu direito à ampla defesa.

Ademais, é sabido que o pedido se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial (*v.g.*, REsp nº 233.446/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 07/05/2001), e, na espécie, da simples leitura da exordial, vê-se que o ato praticado pelo Relator é impugnado pelo impetrante, sendo este, inclusive, ao que tudo indica, o fato que determinou o manejo da ação, tendo em vista que a decisão que indeferiu a prova pretendida foi o último ato praticado no procedimento (28/04/2016 – f. 134) antes da propositura do *writ* (23/05/2016 – f. 01-39).

Assim, a despeito, repito, do caráter secundário da impugnação do ato praticado pelo Procurador de Justiça A. J. de L. – pois, sem dúvidas, o *writ* se volta preponderantemente contra a instauração do procedimento administrativo –, não há como se negar que o ato unipessoal do relator também foi atacado na inicial.

Ademais disso, o impetrante aponta o Relator como autoridade responsável por dar impulso ao procedimento, em decorrência de sua admissão pelo órgão colegiado, argumento este que guarda relevância, na espécie, tendo em vista o particular contexto fático observado, acima descrito.

Assim, sem maiores delongas, e contra o parecer ministerial, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Relator do procedimento administrativo impugnado.

Ato ilegal imputado ao relator do procedimento

O ato considerado ilegal, que se atribui ao relator do Procedimento Administrativo nº 09.2015.000000462-1, decore de um indeferimento do pedido de produção liminar de prova documental, a qual seria destinada à lastrear os esclarecimentos que seriam prestados pelo impetrante em oitiva pessoal, bem como para subsidiar sua defesa quanto à possibilidade de ser afastado cautelarmente, nos termos do art. 75, da Res.-CSMP nº 03, de 18/12/2012 (Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público).

Em suas informações a autoridade impetrada argumentou que a comparação de dados objetivos de "*distribuição/andamentos dos processos que tramitam perante a xx e xx Promotorias de Justiça*" poderia ter sido feita "*por outros meios*", ou então "*na fase apropriada, quando da instrução do processo administrativo, não na fase preliminar do procedimento*" (f. 166).

Aduziu ainda que "*irregularidade haveria se fosse o contrário, pois, autorizar a colheita de elementos em fase inadequada viola o devido processo legal e o princípio da igualdade de armas das partes envolvidas*." (f. 166).

A despeito destes argumentos, entendo ter ocorrido, na espécie, uma interpretação distorcida da Res.-CSMP nº 03, de 18/12/2012 (Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público), na medida em que, a par da possibilidade de afastamento cautelar – prevista no art. 75 –, o próprio art. 76 prevê a possibilidade de o representado, desde logo, ao apresentar sua defesa, produzir ou requer a produção de provas "juntar documentos e arrolar testemunhas".

O afastamento de que trata o art. 75, do RICSMP, é norma que mais se coaduna com a natureza de providências iniciais, intrinsecamente ligadas à admissão da representação – como ocorre, por exemplo, com a deliberação de pronto afastamento de magistrado, quando instaurado Processo Administrativo Disciplinar - PAD (*v.g.*, art. 27, § 3º, da Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional) –, não se tratando propriamente de um ato que dá início ao procedimento, o qual é inaugurado com a apresentação da *defesa inicial*, nos termos do referido art. 76.

Em sentido semelhante dispõe o § 1º, do art. 143, da Res.-CNMP nº 92, de 13/03/2013 (Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público), o qual prevê que, tão logo instaurado o processo de remoção por interesse público, o relator ouvirá o interessado, que poderá, desde logo, no prazo de cinco dias, apresentar defesa preliminar e "*requerer provas orais, documentais e periciais, pessoalmente ou por procurador*".

Assim, é ínsito do tal procedimento, a possibilidade de produção imediata de provas, daí porque não se concebe de indeferimento prematuro, salvo demonstração de abuso no direito de defesa, o que não é o caso dos autos.

Ademais, como se vislumbrava a possibilidade de deliberação acerca de um possível afastamento cautelar do impetrante, e tendo em vista, sobretudo, a garantia de ampla defesa a ser observada nos procedimentos de remoção compulsória (*v.g.*, art. 128, § 5º, inc. I, alínea "*b*", CF/88; art. 15, inc. VIII, da Lei nº 8.625, de 12/02/1993; art. 71, inc. II, da Lei Complementar Estadual nº 72, de 18/01/1994), não é razoável o indeferimento da prova documental pretendida, a qual, para além de sua fácil produção, poderia, sem dúvidas, lastrear eventual manifestação do interessado, visando sobretudo a se preservar de medida tão drástica como a de seu afastamento cautelar.

A par disso, há, outrossim, íntima ligação entre a prova almejada e as imputações dirigidas ao impetrante, tanto que, conforme salientado na decisão liminar proferida neste *writ*, na própria comunicação oriunda da Corregedoria-Geral do Ministério Público, a qual subsidiou a representação formulada pelo então Procurador-Geral de Justiça para a instauração do procedimento de remoção compulsória, foi feito um comparativo de produtividade entre as Promotorias de Justiça com idêntica atribuição à do impetrante, justamente no intuito de se tentar demonstrar a disparidade na atuação funcional do impetrante.

Por isso mesmo soa incoerente o argumento da autoridade impetrada, no sentido de que "*as funções ministeriais são múltiplas*", e seus agentes políticos, "*ainda que exerçam atividade similar, operam com particularidades e diferenças de ordem pessoal e subjetiva que implicam na movimentação de feitos e audiências de formas distintos, de modo que pretender a simples comparação matemática de feitos/ações instaurados ou arquivados, entre órgãos similares, é demasiadamente simplista e utilitarista*." (f. 167).

Nesse contexto, essa mesma premissa pode, em tese, levar à conclusão de que a acusação lançada sob o impetrante, poderia ser então igualmente refutada, já que se estaria a perscrutar subjetividades inerentes ao perfil de cada membro na condução de seus trabalhos e no exercício de seu mister.

Por isso, já que cogita de haver sempre oportunidade para ampla defesa, e, sobretudo nas condições suso delineadas, que indicam aparente quebra de isonomia/paridade entre as forças de acusação e de

defesa, impõe-se reconhecer que o mais adequado seria, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, se permitir ao impetrante a produção da prova pretendida, mesmo porque não constatado nisto haver indevida procrastinação.

Ato ilegal imputado ao Conselho Superior do Ministério Público

Consoante firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (RMS 38.446/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/03/2014; RMS 18.973/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 09/10/2006).

Na espécie, embora se deva analisar os fatos subjacentes à propositura do procedimento, não há a intenção de se revisar, pura e simplesmente, a atuação do órgão ministerial em sua legítima competência disciplinar.

Feita essa ressalva, enumero os fatos que, em suma, deram ensejo ao procedimento de remoção compulsória, ora impugnado:

> *"1. Que a Promotoria se encontra com os serviços em dia sob o aspecto meramente formal, merecendo severas ressalvas quanto à forma de condução dos trabalhos.*
>
> *2. Que o volume de serviços da Promotoria de Justiça é significativo, verificando-se, entretanto, a existência de diversos procedimentos que não se justificam no trâmite da mesma, os quais se relacionam mais acertadamente às atribuições de outros órgãos.*
>
> *3. Que o fluxo é lento, com procedimentos instaurados sem determinação imediata de qualquer diligência, o que demonstra que o ato de abertura da investigação praticado por rotina, sem um norte claro sobre o que se investiga e sobre quais elementos de prova são necessários para a apuração dos fatos. Assim, os procedimentos são instaurados, seguindo-se ordinariamente solicitações de informações aos próprios requeridos, emperrando-se os feitos, nessa fase, por longo período, seja pela reiteração frequente de solicitações não atendidas, seja pela sucessiva solicitação de novas informações. Uma análise mais detida na instauração dos procedimentos tornaria as apurações mais objetivas e, por consequência, mais céleres.*
>
> *4. Que é ordinária a não utilização da notícia de fato como elemento de registro das denúncias que chegam à Promotoria. Em vez disso, prefere o correicionado deflagrar, de imediato, procedimentos preparatórios. Com isso, abrem-se investigações sem análise acurada dos elementos que lhe são trazidos, além de se deflagrar apurações sem um norte investigativo claro. A utilização das notícias de fato como elemento de registro conferiria, ao correicionado, trinta dias de prazo para uma análise mais profunda dos elementos, otimizando todo o fluxo subsequente da promotoria, evidenciando que ao invés de ganhar celeridade com a instauração direta de procedimentos preparatórios, a promotoria se atravanca com feitos além da necessidade, a maioria deles tramitando sem objetividade e sem efetividade.*
>
> *5. Que o Promotor o Promotor correicionado conduz a promotoria sem iniciativas mais destacadas ou diferenciadas, apenas movimentando os feitos de acordo com o fluxo existente, limitando-se a apontar como providências adotadas para a melhoria do funcionamento da promotoria a recusa de designações para outras funções e como meta ajuizar ações civis que estejam preparadas para tanto.*

> *6. Que o mesmo despacha ordinariamente o que lhe chega às mãos de acordo com pré-concepções equivocadas, como a instauração direta de procedimentos preparatórios e a exaração de portarias sem análise profunda dos elementos respectivos, gerando um fluxo de trabalho lento e ineficiente.*
>
> *7. Que as manifestações processuais são normais, sem deficiências agudas ou pontos de destaque que justifiquem especial relevo neste termo, anotando-se apenas a objetividade das peças e certa deficiência na discussão dos pressupostos processuais de admissibilidade sobre as peças de cunho recursal, o que se comentou acima, no momento oportuno.*
>
> *8. Que os serviços da Promotoria de Justiça estão formalmente em dia, mas com trâmite lento devido ao fluxo pouco objetivo e muitas vezes sem direcionamento.*
>
> *9. Que o correicionado, apesar de um volume significativo deinstaurações de procedimentos os mais diversos, teve um número pífio de ações civis públicas ajuizadas (apenas 3 entre 01.01.2014 e 14.05.2015) de ações propostas com base nos seus procedimentos, o que demonstra um nível inaceitável de ineficiência na atuação ministerial em uma área tão crucial quanto a tutela do Patrimônio Público e combate à improbidade administrativa na capital de um estado. Foram observados ainda, em paralelo à correição realizada, aspectos que indicam grave prejuízo à atuação ministerial e à defesa da sociedade com a lotação do Promotor correicionado na Promotoria em que se encontra, senão vejamos:*
>
> *[...]*
>
> *10. Que o correicionado, ao contrário do costumeiro emperramento das suas iniciativas, foi extrema estranhamente célere na manifestação exarada nos autos 0842204-62.2013.8.12.0001, nos quais atuou como Promotor natural após a provocação de conflito positivo de atribuições proposto com o fim exclusivo de extinguir ação proposta e conduzida por outro órgão ministerial, inclusive advindo recusa judicial de seu posicionamento e remessa, pelo juízo, à Procuradoria-Geral de Justiça que, em seu tempo, reconheceu o descabimento da posição adotada e determinou o seguimento da intervenção ministerial por outro órgão, fato que inclusive serve de objeto a sindicância em trâmite nessa Corregedoria-Geral."*

O que chama a atenção, entretanto, na espécie, é a reiterada tentativa de se valorar negativamente, primeiro na seara disciplinar, e agora na esfera da atuação superior da Administração do Ministério Público, condutas que, num primeiro momento, foram consideradas como ínsitas à atividade-fim desenvolvida pelo impetrante em seu mister.

É que condutas bastante semelhantes, senão idênticas, foram objeto da Sindicância Administrativa nº 10/063/CPMP/2014, instaurada contra o impetrante para apuração de eventual falta disciplinar, tendo esta, todavia, sido anulada no Mandado de Segurança nº 1412390-22.2014.8.12.000 – Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 23/02/2015, pela 4ª Seção Cível deste Tribunal, reconhecendo-se, na ocasião, a necessidade de se "*preservar a independência funcional do Promotor de Justiça*".

O acórdão contou com a seguinte ementa:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – PROMOTOR DE JUSTIÇA SUBMETIDO A SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA – SUPOSTA INÉRCIA NO DEVER DE OFÍCIO – ATIVIDADE FIM – INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ATO COATOR ILEGAL – ABUSO DE PODER NA ACEPÇÃO DESVIO DE FINALIDADE – SINDICÂNCIA ANULADA – ORDEM CONCEDIDA.*

1. Os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister (atividade fim), podendo agir, no processo, da maneira que melhor entendem. A única hierarquia existente na instituição, restringese às questões de caráter administrativo, mas nunca de caráter funcional. É dizer, os membros do parquet não estão obrigados a seguir quaisquer comandos ou objetivos institucionais dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao mérito do que devam ou não fazer nos atos da atividade-fim; nessa, é irrestrita a liberdade funcional.

2. Constado que o impetrante, no exercício do cargo de Promotor de Justiça, atendeu a todas as informações e documentos recomendados no relatório de inspeção dirigido pela autoridade impetrada, apresentando todas as justificativas pertinentes no que concerne ao exercício da função, ilegal e abusivo se mostra a abertura de sindicância para apuração de suposta inércia no cumprimento do dever de ofício".

No voto condutor foram assim descritos os fatos que deram ensejo à instauração da sindicância:

"Conforme relatado, o impetrante narra que no dia 20.01.2014, o Corregedor-Geral do Ministério Público deste Estado, com sua assessoria especial, realizou inspeção na 30ª Promotoria de Justiça de Campo Grande, da qual o impetrante é titular.

Aduz que da referida inspeção constatou-se a necessidade de abertura de pedido de providências, que recebeu o n. 10/002/CGMP/2014, tendo como objeto a aferição do fluxo de andamento nos procedimentos que tramitam na 30ª Promotoria de Justiça.

Diz que, embora as justificativas apresentadas, no dia 10.06.2014 o impetrado encaminhou decisão do Pedido de Providências n. 10/002/CGMP/2014, concluindo, em suma, que em face do grande volume de procedimentos sem andamento efetivo por parte do Promotor de Justiça A. C. S., consubstanciado em possível inércia no fluxo dos feitos, aliado a diversos feitos com mera requisição e juntada de documentos, sem que haja deliberação e medidas, haveria grave comprometimento na eficiência das investigações e, de forma mais preocupante, afastamento de eventuais êxitos e alcance dos objetivos inerentes à função de curador do Patrimônio Público de Campo Grande - MS e Estado de Mato Grosso do Sul.

Em consequência, em razão dos supostos indícios de faltas disciplinares praticadas pelo ora impetrante, a autoridade coatora determinou a instauração de sindicância administrativa n. 10/063/CGPM/2014, através da Portaria n. 05/2014, para apuração dos fatos narrados, e o fez nos termos do art. 164, VII e art. 191, ambos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (LCE n. 72/94).

Ocorre que, no entender do impetrante, há manifesta ilegalidade e abuso de poder na abertura da mencionada sindicância administrativa, já que todos os atos referentes aos documentos mencionados no Relatório de Inspeção foram devidamente justificados e comprovados.

Salienta que, muito embora exista a competência da Corregedoria-Geral do Ministério Público em fiscalizar os trabalhos dos membros do parquet, a opinião pessoal e a forma de trabalhar da autoridade coatora não devem contaminar seus atos e extrapolar a sua competência em relação às condutas dos membros ministeriais e os procedimentos administrativos instaurados, sob pena de afronta ao princípio da independência funcional do impetrante, positivado no art. 127, § 1º, da CF, além do malferimento do princípio da razoabilidade, porquanto as conclusões exaradas pela autoridade coatora não condizem com a realidade exposta.

Reverbera que justificou todas as condutas tomadas em todos os procedimentos em que oficiou na condição de Promotor de Justiça, inclusive com emissão de juízo de valor, indicativo de que não se sustenta a conclusão pela abertura da alegada sindicância administrativa, uma vez que não houve negligência no cumprimento do dever de ofício, e sim atuação do impetrante dentro de sua margem de discrição e independência funcional.

Requer a concessão da segurança para que seja reconhecida a ilegalidade do ato coator e, consequentemente, seja anulada a instauração da sindicância administrativa N. 10/063/CPMP/2014, em trâmite na Corregedoria-Geral do Ministério Público Estadual".

Como se vê, há clara similitude entre os fatos imputados ao impetrado naquela Sindicância, com aqueles que subsidiaram a instauração do procedimento de remoção compulsória ora em análise.

E ainda naquela oportunidade, a 4ª Seção do TJ/MS, ao valorar os fatos, chegou à conclusão de que houve indevida invasão da esfera da livre e independente atuação funcional do impetrante.

Assim constou do acórdão:

"A questão a ser resolvida é se está ou não dentro da legalidade a abertura da referida sindicância, ou se há nítido abuso de poder (desvio de finalidade) por parte da autoridade tida como coatora.

Após o exame dos atos administrativos praticados, cheguei à conclusão de que não há comprometimento algum na eficiência de investigações e afastamento de eventuais êxitos e alcances dos objetivos inerentes à função desempenhada pelo ora impetrante, qual seja, de curador do Patrimônio Público de Campo Grande - MS e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ao revés, pelo inteiro teor da manifestação apresentada pelo impetrante ao Corregedor-Geral do Ministério Público, autoridade aqui impetrada (f. 78-145), constata-se o integral atendimento de todas as informações e documentos recomendados no relatório de inspeção.

Transparece evidente que a medida adotada pela autoridade coatora o foi açodada, porquanto cumprido, pelo impetrante, as informações solicitadas.

Digo isso porque, vale repetir, o impetrante atendeu a todas as informações e documentos recomendados no relatório de inspeção, apresentando todas as justificativas pertinentes no que se refere ao exercício da função.

Estranho, pois, que entre as diversas motivações apresentadas pela autoridade impetrada, para fins de abertura da sindicância contra o impetrante, tenha sido apontado que "foram constatados diversos processos judiciais (ação civil pública) em que não está a haver o andamento por possível inércia do Poder Judiciário, sem que o Promotor de Justiça tenha manejado os instrumentos jurídicos para o andamento cabível, mesmo tendo sido alertado e assim orientado a agir por essa Corregedoria-Geral em 17 de outubro de 2012, conforme Relatório de Correição nº 68/2012, ou seja, as recomendações da Corregedoria-Geral não foram observadas e a inércia denota estar comprovada novamente." (f. 747).

Há de se indagar: em que consistiria a inércia do Poder Judiciário deste Estado em relação à tramitação de ações civis públicas? E qual seria a inércia do ora impetrante, que oficia na xx Promotoria de Justiça de Campo Grande, no sentido de tornar mais céleres as singelas ações civis públicas?

Essas indagações já haviam sido feitas pelo Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, por ocasião do deferimento da liminar. Na presente ação de conhecimento a autoridade coatora não informou qual seria a inércia do Poder Judiciário deste Estado e também do impetrante, no que toca ao bom andamento das ações civis públicas.

No caso há de se preservar a independência funcional do Promotor de Justiça.

Não se olvide que a referida prerrogativa (independência funcional), no dizer do professor Pedro Lenza, se trata de autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entendem. A hierarquia existente, como acentua o constitucionalista citado, restringe-se às questões de caráter administrativo, materializadas pelo Chefe da Instituição, mas nunca, como dito, de caráter funcional.

[...]

Do exposto, concluo que não há sequer indício de negligência no cumprimento do dever legal por parte do impetrante, porquanto agiu nos moldes garantidos pela Lei Maior e pela Lei da carreira, no sentido de atuar de acordo com suas convicções pessoais e dentro do princípio da independência funcional.

Posto isso, contrariando o parecer, concedo a ordem no sentido de reconhecer a ilegalidade do ato coator e, consequentemente, anular a instauração da Sindicância Administrativa n. 10/063/CPMP/2014, em trâmite na Corregedoria-Geral do Ministério Público Estadual."

Também é relevante o fato de que a suposta atuação irregular do impetrante na Ação Civil Pública nº 0842204-62.2013.9.12.0001 (Concurso de Fiscal de Rendas e Agente Tributário) – outra imputação que consta do relatório reservado – acabou considerada pelo Conselho Nacional do Ministério Público como atinente à esfera de livre e independente atuação funcional.

Como cediço, a remoção compulsória, mesmo "*não sendo necessariamente punitiva*", deve guardar estrita relação com o interesse público, pois "*restringe a garantia constitucional de inamovibilidade e ainda pode trazer em si gravames para quem é removido*." (MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 6ª Edição, rev. amp. e at., São Paulo : Saraiva, 2007, pg. 442).

Daí, porque, aliás, exigir-se seja assegurada ampla defesa ao membro implicado, em especial diante da possibilidade de sua colocação em disponibilidade, como consequência da remoção (art. 88, inc. III, LCE nº 72).

Sendo uma medida de exceção, restritiva e de mitigação à garantia da inamovibilidade prevista na Constituição Federal/1988 (art. 127, § 5º, inc. I, alínea "b"), o interesse público a subsidiar sua aplicação deve encerrar caráter induvidoso, sem margem possível de interferência *intuitu personae* na esfera de atuação funcional do membro, pena de se vulnerar princípio institucional extremamente valioso para a livre e reta atuação do Ministério Público, qual seja, o da independência funcional (art. 127, § 1º, CF/88).

Ademais, mesmo que não prepondere o caráter disciplinar neste procedimento, podendo haver hipóteses de remoção sem esse viés (*v.g.*, Promotor de Justiça que se casa com a Juíza da Comarca, a inviabilizar sua atuação em todos os processos – exemplo citado na obra do Professor Hugo Nigro Mazzili, ob. cit., pg. 206), na espécie, é indubitável a constante menção à suposta inobservância de deveres funcionais pelo impetrante, o que denota aparente insistência da Administração Superior do Ministério Público Estadual em reavivar, sob outra coloração, os mesmos fatos que foram objeto da Sindicância que foi anulada pelo TJ/MS.

Na hipótese presente, a motivação que deu origem ao procedimento de remoção compulsória aparenta, de fato, tisnar a atuação independente do impetrante com uma qualificação negativa de seu trabalho, sem se apontar concretamente quais os prejuízos específicos e bem delineados nos procedimentos analisados, havendo, tão somente, menção direta no que tange ao modo de atuar em uma ação civil pública, além de se imputar ao impetrante toda sorte de qualificações em seu trabalho, com especial crítica à sua forma de gestão endoprocessual e/ou de estudo, manuseio e impulso dos procedimentos em curso na Promotoria de Justiça da qual é o titular.

Em suma, se questiona, com veemência, o modo de atuar do Promotor de Justiça ora impetrante, tecendo-se, inclusive, considerações acerca de seu perfil pessoal (f. 74) frente à referida Promotoria de Justiça, a qual seria dotada, como se as demais também assim não o fossem, de "*matiz investigativa acentuada*" (f. 74).

Tanto é verdade que houve, na hipótese, a instauração de um procedimento de remoção compulsória, baseado em "*relatório reservado de correição*", datado de 21/07/2015 (f. 51/75), que concluiu, relativamente à atuação do impetrante junto à xx Promotoria de Justiça desta Capital, no sentido de existir grave deficiência qualitativa nos trabalhos desenvolvidos na condução dos processos e procedimentos sob sua responsabilidade.

Por certo, a medida pretendida, por recair na esfera da subjetividade, sempre imporá questionamentos acerca da tênue linha que divide a independência funcional da inobservância de deveres caros à função (como dever de zelo, presteza, correção de conduta, enfim, todos aqueles descritos no art. 107, Lei Complementar Estadual nº 72, de 18/01/1994), daí porque se deve ter ainda mais cuidado e zelo em tais procedimentos.

Note-se, pois, que aqui, sequer houve a preocupação em se fazer qualquer distinção expressa, ou mesmo alguma menção direta, aos fatos que deram ensejo à Sindicância que fora anulada pelo TJ/MS, no intuito de se deixar claro que não se trata de uma mesma imputação.

Tal o contexto, reputo serem relevantes as razões trazidas neste *writ*, a fim de se conceder a pleiteada segurança, por envolver a questão dois importantes princípios, quais sejam, o do livre convencimento/independência funcional e da inamovibilidade, valores muito caros à livre atuação ministerial, e para a própria higidez do Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, e contrariamente ao parecer ministerial, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva do Procurador de Justiça A. J. de L., e concedo a segurança pretendida, para o fim de anular o Procedimento Administrativo nº 09.2015.00000462-1, em trâmite junto ao Conselho Superior do Ministério Público, ante a ocorrência de vulneração ao direito líquido e certo à ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88) e à independência funcional (art. 127, § 1º, CF/88).

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 contra o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 05 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1411764-32.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – HONORÁRIOS DO INÍCIO DA EXECUÇÃO – FIXAÇÃO NO PERCENTUAL ESTÁTICO DE DEZ POR CENTO – EXORBITÂNCIA – INOCORRÊNCIA – NOVEL REGIME DE TRATAMENTO DA SUCUMBÊNCIA ESTABELECIDO PELO CPC/15.

Discute-se no presente recurso a justeza dos honorários fixados no início de Ação de Execução Fiscal.

No Código de Processo Civil/1973, a fixação dos honorários da fase inicial da execução obedecia o disposto no § 4º, do art. 20, ou seja, o valor era estabelecido pelo Juiz conforme um juízo de equidade, ex vi dos elementos previstos nas alíneas do § 3º, do mesmo art. 20.

No novo regime, ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios no percentual estático de dez por cento (10%), a serem pagos pelo executado (art. 827, caput, CPC/15).

Além da intenção geral do novo código de tornar mais severo o regime financeiro pertinente à sucumbência, a modificação do critério de fixação (substituição da equidade por percentual fixo) tem uma razão de ser muito específica, que está intimamente atrelada ao que dispõe o § 1º, do art. 827, no tocante à redução pela metade dos honorários na hipótese de pronto pagamento.

Nesse sentido, para que o § 1º, do art. 827, tenha plena aplicabilidade, na forma idealizada pelo legislador, é curial que o valor correspondente aos dez por cento (10%) deva ser, em alguma medida, elevado, a fim de que a redução, decorrente de eventual pronto pagamento, para além de ser atrativa ao devedor, não permita reduzir a remuneração do advogado do credor a valores módicos, que não remunerem adequadamente o trabalho feito até então.

Portanto, ressalvada a hipótese de flagrante exorbitância, que possa deturpar por completo a intenção do legislador – no sentido de prever, de forma conjunta, a fixação em percentual fixo (art. 827, *caput*) acompanhada do fator de redução decorrente do pronto pagamento (§ 1º) – , não há se falar em aplicação subsidiária, na hipótese dos autos, do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil/2015 (Parte Geral), tendo em vista a existência de regra especial a reger a matéria, prevista no art. 827, do CPC/15.

Agravo de Instrumento conhecido e 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Proteco Construções Ltda contra decisão interlocutória proferida pelo juiz da Vara Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande-MS no Processo nº 0901088-79.2016.8.12.0001.

Ação de execução fiscal proposta pelo agravado Estado de Mato Grosso do Sul contra a agravante visando ao recebimento da quantia de R$ 4.679.242,26, relativa à CDA's nº 2016/01194, 2016/01195 e 2016/01196 (f. 12).

Decisão interlocutória agravada: determinou a citação da executada para pagar o débito, ou nomear bens à penhora. Fixou os honorários advocatícios em dez por cento (10%) do valor da execução, reduzidos à metade em caso de pronto pagamento (f. 10-11).

Agravo de instrumento: aduziu a agravante que os honorários arbitrados são elevados, considerando ser um processo envolvendo a Fazenda Pública, e que deve ser observada a regra do art. 85, § 3º, do CPC/2015.

Requereu a redução dos honorários advocatícios para o montante entre cinco por cento (5%) a oito por cento (8%) do valor da execução (f. 01-09).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do agravante, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 38-41).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a justeza dos honorários fixados no início de Ação de Execução Fiscal.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 19/09/2016 (f. 11), tendo a respectiva intimação ocorrido em 23/09/2016 (f. 19), enquanto que o presente recurso foi interposto em 17/10/2016 (f. 09).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

Honorários da fase inicial da Execução Fiscal

Em resumo, sustenta o agravante ser exorbitante o valor que resulta da aplicação pura e simples, na espécie, do art. 827, do Código de Processo Civil/2015, o qual determina a fixação, já no início da execução, de honorários advocatícios na ordem de dez por cento (10%), requerendo, pois, a aplicação analógica do art. 85, § 3º, inc. III, do Código de Processo Civil/2015[1], a fim de que honorários sejam fixados entre cinco e oito por cento (5% a 8%).

De início, destaco que, nos termos do art. 1º, da Lei nº 6.830, de 22/09/1980 (Lei de Execução Fiscal), tem aplicação, à espécie, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil, mesmo porque a lei especial de regência nada trata acerca da fixação de honorários no início da Execução Fiscal (art. 8º).

À luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que preconiza que "*a execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil*" (REsp 1.184.765/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010), conclui-se pela possibilidade de fixação, desde logo, de honorários da fase inicial (art. 827, CPC/15), mesmo em se tratando de Execução Fiscal.

A doutrina especializada no assunto também observa que "*o despacho do juiz que deferir a inicial deverá arbitrar também o percentual de honorários, visto que estes não estão incluídos na Certidão de Dívida Ativa (CDA) que subsidia a execução*" (Execução Fiscal Aplicada / Obra Coordenada por João Aurino de Melo Filho. Salvador : Editora Juspodivm, 4ª ed., rev., amp. e at. conforme o Novo Código de Processo Civil, 2015, pg. 222).

A propósito, calha trazer à colação julgado que, *mutatis mutandis*, bem representa a linha jurisprudencial encampada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. NECESSIDADE DE REFORÇO, PARA INCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS NO DESPACHO QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. LEGALIDADE.*
>
> *1. Controverte-se a respeito de acórdão que deu provimento ao Agravo de Instrumento para reformar a decisão do juízo de primeiro grau, que determinava o reforço da penhora, para incluir, na carta de fiança bancária, os valores relativos aos honorários advocatícios fixados no despacho que recebeu a petição inicial da Execução Fiscal.*
>
> *2. Em redação literal, os arts. 8º e 9º da Lei 6.830/1980 preveem que a garantia deve abranger o principal, a multa e os juros de mora e os demais encargos da CDA.*
>
> *3. Nas hipóteses em que o encargo legal envolve os honorários advocatícios (e.g., Decreto-Lei 1.025/1969) não haveria dúvida. No caso concreto, porém, a Execução Fiscal foi ajuizada originalmente pelo INSS, circunstância em que os honorários não constam da CDA, dependendo do arbitramento judicial.*
>
> *4. O Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente à Lei 6.830/1980 (conforme reconhecido em seu art. 1º).*
>
> *5. Mediante interpretação sistemática e histórica, aliada ao propósito de assegurar maior agilidade na tramitação das Execuções Fiscais, é legítimo concluir que o disposto no art. 659 do CPC (segundo o qual a penhora deve compreender o principal atualizado, os*

1 Art. 85 - [...]
§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:
[...]
III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

> *juros, as custas e os honorários advocatícios), deve ser aplicado no âmbito das Execuções processadas no rito da LEF, de modo que a garantia judicial nelas prestada deve abranger os honorários advocatícios.*
>
> *6. Recurso Especial provido."* (REsp 1.409.688/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/03/2014)

Fixada essa premissa, observo que o art. 827, do CPC/15 assim dispõe:

> *"Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.*
>
> § 1º - *No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade."*

No Código de Processo Civil/1973, a fixação dos honorários do início da execução obedecia o disposto no § 4º, do art. 20, ou seja, o valor era estabelecido pelo Juiz conforme um juízo de equidade, *ex vi* dos elementos previstos nas alíneas do § 3º, do mesmo art. 20.

Assim dispunha o art. 652-A, do Código de Processo Civil/1973:

> *"Art. 652-A. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º)".*

É clara a modificação, pelo Código de Processo Civil/2015, do critério de fixação dos honorários do início da execução, e isso se deve à intenção do legislador de tornar "*mais severo o regime financeiro pertinente à sucumbência*", com vistas, inclusive, a tornar mais eficaz o processo executivo (ASSIS, Carlos Augusto. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo : RT, 2016, pg. 1.911).

Em situação diversa, qual seja, a de se afigurarem irrisórios os honorários, na hipótese de baixo valor da causa, entendo, tal como externado em meu voto no Agravo de Instrumento nº 1408294-90.2016.8.12.0000 (2ª Câmara Cível, minha relatoria, 13/09/2016), que, nesta específica hipótese, o disposto no § 8º, do art. 85, do Código de Processo Civil/2015 (fixação por equidade), pode ser aplicado de forma subsidiária, dada a omissão legislativa quanto ao critério a ser utilizado na hipótese de flagrante irrisoriedade.

Assim pontuei na ocasião:

> *"[...] A fixação de honorários advocatícios, na execução por quantia certa, é disciplinada pelo art. 827, do Código de Processo Civil/2015, segundo o qual, o Juiz, ao despachar a inicial "fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado."*
>
> *No correspondente do Código de Processo Civil/1973, a regra era a fixação por equidade, dispondo o art. 652-A que o Juiz, ao despachar a inicial, "fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º)".*
>
> *A doutrina explica que essa modificação de critério se deu para evitar a fixação de honorários em quantias irrisórias, daí porque entendeu por bem o legislador atrelar a fixação dos honorários, do início da execução, a um percentual fixo.*
>
> *Contudo, ao que se observa, a novel legislação pecou em dois aspectos; primeiro por não estabelecer sobre qual valor (base de cálculo) incidirá o tal percentual de dez por cento (10%); e, segundo porque não previu regra subsidiária para a hipótese em que, tal como ocorre na fase de conhecimento, a fixação em percentual resulte em valor ínfimo, como de fato se dá na hipótese versanda.*

> *Quanto ao primeiro empecilho, a doutrina tem recomendado a aplicação subsidiária do § 2º, do art. 85, do Código de Processo Civil/2015, a fim de que se defina como base de cálculo o valor atualizado da causa.*
>
> *Nesse sentido as elucidativas palavras do Professor Cássio Scarpinella Bueno:*
>
> *"À falta de previsão em sentido diverso, convém esclarecer que o percentual observará a base de cálculo prevista no § 2º do art. 85, que, devidamente compreendida no contexto da execução, só pode ser o valor perseguido pelo exequente, assim compreendido o pagamento do principal atualizado, dos juros e das custas, como se extrai do art. 831."*
>
> *Também a segunda problemática se resolve pela aplicação subsidiária das regras gerais previstas no art. 85/CPC/15, mesmo porque não se pode descuidar que a intenção do legislador, ao conferir a redação que consta do art. 827/CPC/15, era justamente a de evitar a fixação de honorários em quantia irrisória.*
>
> *Assim, se os dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa não resultarem num valor razoável, o juiz deve aplicar o disposto no § 8º, do art. 85, do Código de Processo Civil/2015, a fim de efetuar a uma fixação justa, valendo-se, para tanto, de seu prudente arbítrio no exercício de um juízo de equidade."*

Como se vê, há, de fato, um vácuo a ser preenchido na interpretação do art. 827, contudo, não se pode descurar, quando de sua exegese, da mens legis que subjaz à literalidade do dispositivo, devendo ser observado, especialmente, o fato de que a modificação do critério de fixação (substituição da equidade por percentual fixo) tem uma razão de ser muito específica, que está intimamente atrelada ao que dispõe o § 1º, do art. 827, no tocante à redução pela metade dos honorários na hipótese de pronto pagamento.

A doutrina assim explica a convivência de ambos dispositivos:

> *"A fixação imediata dos honorários viabiliza a aplicação da norma subsequente, encontrada no parágrafo primeiro, que representa um estímulo ao devedor para imediato cumprimento da dívida [...]. O estímulo é a redução da verba honorária para a metade. Além de representar estímulo para o devedor, não deixa de ser, por outro lado, medida equitativa, uma vez que se o devedor paga desde logo, o trabalho despendido pelo advogado no processo de execução fica naturalmente reduzido".* (ASSIS, Carlos Augusto. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo : RT, 2016, pg. 1.911).

Assim, para que o § 1º, do art. 827, tenha plena aplicabilidade, na forma idealizada pelo legislador, é curial que o valor correspondente aos dez por cento (10%) deva ser, em alguma medida, elevado, a fim de que a redução, decorrente do pronto pagamento, para além de ser atrativa ao devedor, não permita reduzir a remuneração do advogado do credor a valores módicos, que não remunerem adequadamente o trabalho feito até então.

A propósito, o valor da execução é critério a ser observado na fixação dos honorários não sob o enfoque exclusivo de eventual majoração significativa do débito, mas sim também sob a ótica de que este componente integra, sobremaneira, a dimensão da responsabilidade assumida pelo Advogado do credor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nessa linha, atentou com acuidade que:

> *"a expressão econômica da ação está intimamente ligada à responsabilidade que foi assumida pelo advogado, compondo, assim, o conceito de 'importância da causa', não podendo ser desprezada, em especial quando o profissional aceita defender seu cliente*

> *numa ação de milhões de reais. Sob este viés, o valor econômico envolvido na discussão ganha relevância e, sem dúvidas, não pode ser olvidado."* (REsp 1.400.437/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 06/03/2014).

Portanto, ressalvada a hipótese de flagrante exorbitância – que não é o caso dos autos, tendo em vista a majoração do valor exequendo, pelos 10% de honorários, em pouco mais de R$ 467.000,00 (dada a valoração inicial no patamar de R$ 4.679.242,26) –, que possa deturpar por completo a intenção do legislador – no sentido de prever, de forma conjunta, a fixação em percentual fixo (art. 827, *caput*) acompanhada do fator de redução decorrente do pronto pagamento (§ 1º) – , não há se falar em aplicação subsidiária do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil/2015 (Parte Geral), tendo em vista a existência de regra especial a reger a matéria, prevista no art. 827, do CPC/15.

A propósito, num lineamento geral do tema, a doutrina chega ao ponto de afirmar que "*a previsão de percentual fixo [...] subtrai o assunto ao crivo inicial do órgão judiciário*", sendo "*ilegal o juiz fixar percentual inferior ou superior*" (ASSIS, Araken de. Manual de Execução, 18ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 784).

Por isso, não há razão para a reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pela Proteco Construções Ltda 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, Des. Alexandre Aguiar Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0816593-39.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – AVALIAÇÃO NEGATIVA DE DESEMPENHO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO – AQUISIÇÃO – DECURSO DO TRIÊNIO PREVISTO NO *CAPUT* DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REQUISITO INSUFICIENTE – NECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM AVALIAÇÃO ESPECIAL DE DESEMPENHO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Para que o funcionário público tenha direito à estabilidade no serviço público, necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: transcurso de prazo de 3 (três) anos no cargo; e aprovação na avaliação especial de desempenho de que trata o art. 41, *caput*, e §4º da Constituição 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 do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Sulmaia Cano Machado contra sentença (fls. 117-118) proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Prefeito do Município de Campo Grande.

A ora apelante assevera, em síntese, que:

> *"Deve-se salientar que o intuito principal do mandado de segurança é realocar a servidora nos quadros de funcionários do município de Campo Grande, vez que a recorrente foi admitida através de concurso público, e ficou efetivamente 05 anos no cargo, passando dessa forma pelo estágio probatório, sendo este o assunto principal do mandado e não a questão relativa aos danos morais sofridos pela recorrente. (f. 123).*
>
> *Conforme verifica-se da documentação juntada aos autos o resultado do período de estágio probatório foi divulgado apenas 01 (um) ano após a conclusão do mesmo, e sua exoneração aconteceu após o período de mais 01 (ano), ou seja, a requerente adquiriu a estabilidade necessária para continuação em seu cargo já que a recorrente está na administração a 05 anos, efetiva, a sua estabilidade está mais que concretizada, já que ultrapassou os 3 anos de estágio probatório. (f. 123).*

> *Ademais nota-se que as notas as quais foram atribuídas à mesma em determinadas ocasiões foram motivo de pedido de revisão, porém nunca respondidos pela administração municipal (f. 123).*
>
> *Ressalta-se que a sentença atacada extingue o feito sob o argumento de ilegitimidade passiva, contudo tal vício poderia ser sanado com a intimação da parte recorrente para a emenda da inicial, a fim de que fosse corrigido o erro, de acordo com o princípio da celeridade e economia processual, e da instrumentalidade das formas, o que não foi feito pelo Douto Magistrado de 1º grau. (fls. 126-127).”*

Aduz, ao final, que *“(...) verifica-se que a R. Sentença prolatada pelo juízo a quo merece reforma, de forma a intimar a parte recorrida a regularizar o polo passivo, e por discutir-se na ação, não apenas as perseguições e danos sofridos pela recorrente, e sim pelo fato de que o ente da administração pública não poderia proceder a exoneração da recorrente da forma arbitrária a qual o fez, não respeitando o fato da mesma já estar efetiva em seu quadro a 5 (cinco), ultrapassando já o período do estágio probatório, tendo já sua posição de funcionária pública de carreira, ganhado a estabilidade, não havendo então motivos para a sua demissão”*. (f. 161).

O Município de Campo Grande, ora apelado, não apresentou contrarrazões (f. 129).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Sulmaia Cano Machado contra sentença (fls. 117-118) proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Prefeito do Município de Campo Grande.

A sentença combatida, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

> *“De fato, reza o artigo 10 da Lei do Mandado de Segurança que a inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais. (f. 117)*
>
> *Insurge-se o impetrante contra a decisão administrativa que, após as avaliações negativas de seu estágio probatório, determinou sua exoneração do cargo público que ocupava. (f. 117)*
>
> *Inicialmente a impetrante afirma que as avaliações feitas durante seu estágio probatório seriam nulas, porquanto feitas por servidor público que assediava moralmente a impetrante. No entanto, a comprovação das assertivas exordiais neste sentido dependeria de dilação probatória para que a impetrante demonstrasse que a servidora pública responsável por sua avaliação lhe assediava moralmente e, por conseguinte, não poderia ser responsável pela avaliação de seu estágio probatório. (f. 117)*
>
> *Ocorre, porém, que em sede de mandado de segurança não se poderá realizar a necessária dilação probatória que confirme a tese da impetração neste sentido. Não há instrução em mandado de segurança, razão pela qual o remédio só é cabível se as situações e fatos forem comprovadas de plano, através de prova pré-constituída, apresentada ao julgador já com a inicial. E não é este o caso destes autos no que tange ao alegado assédio moral. (fls. 117-118)*

> *Num outro norte, a impetrante também alega que seu recurso interposto não foi analisado pelo Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores Municipais - CORAD, o que denotaria ofensa ao contraditório e a ampla defesa. (f. 118)*
>
> *Resta evidente, então, que o ato omissivo consubstanciado na ausência de decisão quanto ao recurso interposto pela impetrante no procedimento administrativo de n. 60550/2011-22, foi cometido pelo Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores Municipais CORAD, na pessoa de seu Presidente, e não pelo Prefeito de Campo Grande ou seu Secretário de Administração. (f. 118)*
>
> *Ocorre que a impetração é dirigida contra o Prefeito Municipal de Campo Grande e o Secretário Municipal de Administração do Município de Campo Grande, sendo estas autoridades partes ilegítimas para figurar no pólo passivo do presente writ. (f. 118)*
>
> *Diante do exposto, por não ser caso de mandado de segurança, e por serem os impetrados partes ilegítimas para figurarem no pólo passivo da presente ação, indefiro liminarmente a petição inicial, julgando extinto o presente writ, nos termos do disposto nos artigos 10 da Lei nº 12.016/2009 e 267, VI, do Código de Processo Civil. (f. 118)"*

Insurge-se a apelante contra a sentença supratranscrita afirmando que deveria ter sido intimada para regularizar o polo passivo do *mandamus*, bem como alegando que o ente da administração pública que praticou o ato apontado como coator não poderia ter procedido sua exoneração de forma arbitrária como o fez.

Razão, contudo, não assiste à recorrente.

Nego provimento à apelação cível.

Como relatado, alega a apelante que, após decorridos 3 (três) anos no exercício do cargo para o qual foi aprovada em concurso público, adquiriu o direito à estabilidade no serviço público.

Não obstante a alegação da recorrente, para que o servidor público possa adquirir a supracitada estabilidade, não basta cumprir o interstício trienal previsto no *caput* do art. 41 da Constituição Federal. Necessário ainda que ele se submeta à avaliação especial de desempenho, por uma comissão definida especialmente para essa finalidade, consoante dispõe o §4º, do aludido art. 41 da CF, assim redigido:

> *"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."*

Não é outro, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SUPOSTA AFRONTA AO ART. 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL.* ***PERMANÊNCIA NO CARGO E AQUISIÇÃO AUTOMÁTICA DA ESTABILIDADE. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA CONCOMITANTE DE LAPSO TEMPORAL E APROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 41 DA CARTA MAGNA DE 1988****. OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. FATO PUNIDO*

> *EM SINDICÂNCIA UTILIZADO COMO FATOR DESABONADOR NA AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO BASEADA EM SITUAÇÕES PONTUAIS. OBRIGATORIEDADE DE PONDERAÇÃO GLOBAL DOS PERÍODOS DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA. 1.* ***A aquisição da estabilidade no serviço público somente ocorre após o implemento, cumulativo, de dois requisitos: (i) o transcurso de 3 (três) anos no cargo pretendido e (ii) a aprovação na avaliação de estágio probatório****. 2. A utilização de fato ocorrido durante o estágio probatório para caracterizar conduta desabonadora, mesmo que já punido em anterior sindicância, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem, por trata-se de verificação da satisfação dos requisitos necessários ao desempenho satisfatório no cargo público e não de punição. 3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração. 4. Considerando as peculiaridades do caso dos autos, é perfeitamente compatível com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a determinação de que seja ponderado o desempenho global da servidora para, assim, permitir a aprovação no estágioprobatório. 5. Recurso ordinário conhecido e provido."*[1] (Grifei)

Desse modo, como a exoneração da recorrente foi fulcrada em avaliação de desempenho considerada insatisfatória, discutir a legitimidade de tais avaliações demandaria dilação probatória, o que, como cediço, é vedado ocorrer na via estreita do mandado de segurança.

A propósito, este é o pacifico entendimento da jurisprudência pátria, conforme infere-se do julgado abaixo:

> *"ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA - REPROVAÇÃO NA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO - MANUTENÇÃO DO SERVIDOR NO CARGO ATÉ A SENTENÇA DEFINITIVA. - A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. - Não há como reconhecer, num primeiro momento, o direito à estabilidade no serviço público sem a aprovação do servidor na avaliação de desempenho em estágio probatório, ainda que essa avaliação tenha ocorrido fora do prazo legal.* ***-As argumentações apresentadas pelo agravante, de que a avaliação de desempenho em questão padece de vícios, com o nítido objetivo de reprová-lo, exige dilação probatória, para fins de apuração dos fatos apontados pelo demandante****. De igual forma, não há elementos suficientes nos autos, até o presente momento, que justifique a imediata transferência do mesmo para outro campus da UFRJ. - Deve ser garantido ao agravante o direito de permanecer no cargo público que ocupa até decisão final a ser proferida na sentença definitiva, haja vista que não restou comprovado que tenha sido instaurado pela agravada processo administrativo regular, oportunizando ao prejudicado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (...)"*[2] *(Grifei)*

O magistrado de piso, portanto, corretamente, asseverou que o mandado de segurança não é a via adequada para a satisfação da pretensão da apelante.

Ante o exposto, nego provimento à apelação cível interposta por Sulmaia Cano Machado, mantendo incólume a sentença hostilizada.

1 Recurso em Mandado de Segurança Nº 22.450. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento 25.11.2010.

2 TRF 2ª Região. Agravo de Instrumento 0005601-33.2016.4.02.0000. Relator Sérgio Schwaitzer. Julgamento 23.8.2016.

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. 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, 04 de outubro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 0809679-22.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – REJEITADA – MÉRITO – IMPUGNAÇÃO INCIDENTAL QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 4.785/15 QUE ESTABELECE A OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO E LICENCIAMENTO NO DETRAN/MS DE TODOS OS VEÍCULOS LOCADOS OU DISPONIBILIZADOS PARA LOCAÇÃO NESTE ESTADO QUE SEJAM DE PROPRIEDADE DE LOCADORA COM DOMICÍLIO FISCAL EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É possível ser suscitada como causa de pedir do mandado de segurança a alegação de inconstitucionalidade da norma que ampara os efeitos concretos resultantes do ato coator atacado, podendo, se procedente, ser declarada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso (*incidenter tantum)* pelo juiz ou pelo tribunal. O que a Súmula n. 266/STF veda é a impetração de *mandamus* cujo o próprio pedido encerra a declaração de inconstitucionalidade de norma em abstrato, pois esse tipo de pretensão diz respeito ao controle concentrado, o qual deve ser exercido no âmbito das ações diretas de (*in*) constitucionalidade.

Declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei de efeitos concretos que estabelece a obrigatoriedade de registro e licenciamento no órgão de trânsito estadual, sob pena de apreensão e multa, de todos os veículos de propriedade de locadora de automóveis com domicílio fiscal em outra unidade da federação, que venham a ser locados no Estado de Mato Grosso do Sul.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Localiza Rent a Car S.A. impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e pelo Secretário de Estado de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição da Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, que estabelece, em seu art. 1º, a obrigatoriedade de registro e licenciamento no DETRAN-MS de todos os

veículos de propriedade da impetrante, até o dia 17 de junho de 2016, que estejam disponíveis para locação no Estado, sob pena de multa e apreensão dos automóveis alugados.

Alega, em síntese, que antes mesmo da entrada em vigor da lei referida, o Estado de Mato Grosso do Sul já tem exigido o cumprimento das determinações contidas nessa norma pelas locadoras de veículos participantes de processos de licitação promovidos pelo Governo Estadual; como as exigências veiculadas na lei referida são absolutamente ilegais e inconstitucionais, a impetrante tem o justo receio de: a) desde logo, não conseguir participar de certames licitatórios promovidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul; sofrerá as sanções estabelecidas na aludida norma, quando essa entrar em vigor, tais como multa e apreensão de veículos alugados para pessoas físicas e jurídicas, o que certamente inviabilizará o exercício de sua atividade lícita, além de causar gravíssimos danos à sua imagem, sobretudo se os veículos forem apreendidos quando estiverem em posse de seus clientes/locatários; a obrigatoriedade imposta na Lei Estadual n. 4.785/2015 constitui verdadeira sanção política, que tem por objetivo compelir as empresas locadoras de veículos, como a impetrante, ao recolhimento do IPVA para o Estado de Mato Grosso do Sul, relativamente aos automóveis de que são proprietárias, visto que o registro e o licenciamento veicular pressupõem o prévio recolhimento do mencionado tributo ao Estado (art. 131, § 2º, da Lei n. 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro), com o risco de inviabilizar a atividade da impetrante, em virtude da apreensão dos carros alugados; é flagrantemente inconstitucional a adoção de medidas que impedem ou restringem o exercício da atividade empresarial lícita, como meio coercitivo para a cobrança de tributos, conforme entendimento sobejamente pacificado pela jurisprudência pátria nos enunciados das Súmulas n. 3232, 703 e 5474 do STF; e as condições impostas pela referida lei são incompatíveis com o disposto no art. 1205 do Código de Trânsito Brasileiro e do art. 127, II, do Código Tributário Nacional, além de violar frontalmente a competência legislativa (privativa) outorgada à União Federal, pelo artigo 22, inciso XI , da Constituição da República, para legislar sobre matérias relativas a trânsito e transporte, como é a determinação de registro veicular.

Ao final, requer *"considerando a inequívoca presença dos pressupostos elencados no inciso III, do artigo 7º, da Lei nº. 12.016/2009, a conceder, inaudita altera pars, medida liminar,* ***a fim de que seja determinado às Autoridades Coatoras que se abstenham de promover quaisquer atos ou medidas administrativas que importem em sanção, obstáculo ou restrição às atividades sociais da Impetrante (óbice à participação em licitações, aplicação de multas, retenção/apreensão de veículos, etc.) em decorrência das determinações e penalidades previstas na Lei Estadual nº. 4.785/2015****"* (f. 14). (destaquei)

O feito foi distribuído inicialmente na 1ª Seção Cível, sendo encaminhado ao Desembargador Claudionor Abss Duarte que, em decisão de fls. 116-121, reconheceu a ilegitimidade dos Secretários de Estado para figurar no pelo passivo da demanda e, por outro lado, reconheceu a legitimidade do Governador do Estado de Mato Grosso Sul, declarando, por conseguinte, a incompetência da Seção Cível para o julgamento.

Ato continuo, o feito foi encaminhado ao meu gabinete.

O pedido de liminar foi deferido *"para que o impetrado, por meio de seus órgãos competentes, se abstenha de implementar a Lei Estadual n. 4.785/15, quanto ao impetrante, até o julgamento do mérito do presente writ, quando se decidirá a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da legislação impugnada*" (f. 137).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa, aduzindo, preliminarmente, a inadequação da via eleita, pois a impetrante insurge-se contra lei em tese. No mérito, sustenta a constitucionalidade da lei estadual impugnada; não violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade; e não usurpação de competência da União, pois a lei estadual impugnada não trata

especificadamente de trânsito, mas de domicílio tributário para fins de cobrança do IPVA, sobre o qual o Estado possui competência legislativa plena.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul manifestou ciência e ratificou as informações supramencionadas (f. 161).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina "*pela concessão da ordem e consequente extinção do processo, com resolução de mérito*" (f. 179).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Localiza Rent a Car S.A. impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e pelo Secretário de Estado de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição da Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, que estabelece, em seu art. 1º, a obrigatoriedade de registro e licenciamento no DETRAN-MS de todos os veículos de propriedade da impetrante, até o dia 17 de junho de 2016, que estejam disponíveis para locação no Estado, sob pena de multa e apreensão dos automóveis alugados.

Requer a concessão de medida liminar a fim de que seja determinado às autoridades apontadas como coatoras que se abstenham de promover quaisquer atos ou medidas administrativas que importem em sanção, obstáculo ou restrição às atividades societárias de empresa em decorrência das determinações e penalidades previstas na referida Lei Estadual 4.785/2015. No mérito, pedem que seja confirmada a liminar, concedendo-se a segurança postulada, para que se reconheça o direito líquido e certo da impetrante de não se submeter às exigências previstas na legislação estadual epigrafada.

O feito foi distribuído inicialmente na 1ª Seção Cível, sendo encaminhado ao Desembargador Claudionor Abss Duarte que, em decisão de fls. 116-121, reconheceu a ilegitimidade dos Secretários de Estado para figurar no pelo passivo da demanda e, por outro lado, reconheceu a legitimidade do Governador do Estado de Mato Grosso Sul, declarando, por conseguinte, a incompetência da Seção Cível para o julgamento.

Ato contínuo, o feito foi encaminhado ao meu gabinete.

O pedido de liminar foi deferido "*para que o impetrado, por meio de seus órgãos competentes, se abstenha de implementar a Lei Estadual n. 4.785/15, quanto ao impetrante, até o julgamento do mérito do presente writ, quando se decidirá a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da legislação impugnada*" (f. 137).

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa, arguindo, preliminarmente, a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que a impetrante insurge-se contra lei em tese. No mérito, sustentou a constitucionalidade da lei estadual impugnada; não violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade; e não usurpação de competência da União, pois a lei estadual impugnada não trata especificadamente de trânsito, mas de domicílio tributário para fins de cobrança do IPVA, sobre o qual o Estado possui competência legislativa plena.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul manifestou ciência e ratificou as informações supramencionadas (f. 161).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina "*pela concessão da ordem e consequente extinção do processo, com resolução de mérito*" (f. 179).

Pois bem.

Anoto, em primeiro lugar, que questão idêntica foi analisada nos autos do Mandado de Segurança n. 1403634-53.2016.8.12.0000, de relatoria do Desembargador Claudionor Abss Duarte, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, ocasião em que este Órgão Especial, por unanimidade e contra o parecer, rejeitou a preliminar de inadequação da via eleita, acolheu, por maioria, a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa e, no mérito, com o parecer, concedeu a segurança.

No presente *mandamus*, o Presidente da Assembleia Legislativa não foi apontado como autoridade coatora, não havendo, portanto, falar em preliminar arguindo a sua ilegitimidade passiva.

Dito isso, passo a análise dos presentes autos.

Preliminar de inadequação da via eleita

De pronto, afasto a preliminar epigrafada, arguida pelo impetrado em suas informações (fls. 149-161), sob o argumento de que o mandado de segurança não é instrumento idôneo para buscar a invalidação da Lei Estadual n. 4.785/2015, a qual dispõe sobre o licenciamento de veículos de locação no Estado de Mato Grosso do Sul, por se tratar, no seu dizer, de "lei em tese", de que trata a Súmula n. 266 do STF.

No caso, contrário ao alegado, a Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, produziu efeitos concretos, ao estabelecer o prazo de 180 dias, a contar de sua publicação, ocorrida em 17 de dezembro de 2015, para que os veículos locados fossem licenciados no Estado de Mato Grosso do Sul, sob pena de apreensão e aplicação de multa.

Portanto, a lei impugnada, a partir de 17 de junho de 2016, que passou a obrigar as empresas locadoras a registrar e licenciar seus veículos no Estado de Mato Grosso do Sul (prazo de 180 dias), se não tivesse sido suspensa por força de liminar, já estaria produzindo efeito concreto e imediato, independentemente de qualquer outra formalidade, atingindo a esfera jurídica da impetrante, razão pela qual não há falar em inadequação da via eleita.

Nesse sentido, eis o entendimento desta Corte Estadual:

> *"EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PRELIMINARES RECHAÇADAS - MÉRITO - TAMPONAMENTO DE POÇO ARTESIANO - EXIGÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA CONCEDER ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO - REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR PREENCHIDOS - EM PARTE COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES RECHAÇADAS E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. Matérias de ordem pública, concernentes aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, são suscetíveis de ser suscitadas e decididas em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício pelo Estado-Juiz, circunstância que exige sua imediata apreciação. No ordenamento jurídico pátrio vigente não há norma que impeça, em caráter geral e irrestrito, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o que há é uma vedação em casos específicos, como aqueles expressamente mencionados na Lei n. 9.494/97, que devem ser interpretados restritivamente e são os seguintes: A) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; c) concessão ou acréscimo de vencimentos; d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público. Não há qualquer vedação de deferimento do pedido liminar em sede do*

mandado de segurança, não havendo que se falar em esgotamento do pedido, vez que o deferimento da liminar não importará na perda do objeto da ação ordinária, tratando-se de medida reversível. ***A irresignação dos autos volta-se contra efeito concreto da legislação municipal, qual seja, exigência de tamponamento de poço artesiano para a concessão da Licença de Operação, logo, não há falar em mandado de segurança contra lei em tese. Mandamus instruído com toda a prova necessária ao deslinde do caso, não havendo falar em inadequação da via eleita por ausência de prova pré- constituída.*** *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Mérito. Presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, a liminar deve ser concedida. O fumus boni iuris decorre do fato de ser o Estado, não o Município, o responsável pelo plano estadual de recursos hídricos e pelo sistema de gestão desses recursos, não se mostra plausível a exigência feita pela municipalidade, de tamponamento de poço artesiano para concessão da licença de operação. Periculum in mora evidenciado diante da impossibilidade da agravada continuar com sua atividade empresarial sem a devida licença de operação"*[1]*.(grifei)*

No mesmo sentido, colaciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE CONTAS BANCÁRIAS DE MUNICÍPIO DETERMINADA POR TRIBUNAL DE CONTAS. ATO NORMATIVO DE EFEITO CONCRETO. PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. 1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC. 2. À luz do que dispõe a Súmula n. 83 do STJ, não merece seguimento o recurso especial, na parte em que se alega violação do art. 267, VI, do CPC, porquanto, se, de um lado, é antigo, atual e pacífico o entendimento pelo cabimento do mandado de segurança para impugnar norma que produz efeitos concretos na esfera jurídica do impetrante (v.g.: AgRg no RMS 37.507/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 07/12/2012; AgRg no RMS 24.986/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 12/09/2013), de outro, é pacífico o entendimento de que "é possível a alegação de inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança, desde que tal pedido seja deduzido como causa de pedir" (RMS 33.866/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/10/2011). No mesmo sentido, dentre outros: RMS 30.138/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/3/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 6/8/2009; RMS 24.608/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; REsp 1.022.257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008. 3. Agravo regimental não provido[2].

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PRETENSÃO DE SE OBSTAR A COBRANÇA DE MULTA MORATÓRIA. VIABILIDADE, PORQUANTO CARACTERIZADO O JUSTO RECEIO. 1, "Com o advento de nova legislação alterando os critérios para a cobrança do tributo, é de se presumir que, em vista da estrita legalidade tributária, a autoridade fiscal cumprirá a lei. Com lastro nesse fato, é inegável o cabimento do mandado de segurança preventivo para obstar ação concreta do agente arrecadador, afastada, por conseguinte, a alegada impetração contra lei em tese" (REsp 207.270/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 20.9.2004; REsp 619.889/BA, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.2.2007). 2. Agravo regimental desprovido[3].

1 Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 15/08/2016)

2 AgRg no AREsp 420.984/PI, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/03/2014

3 AgRg no Ag 955.592/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 31/03/2008

> *"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. LEI EM TESE. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE COATORA. LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA N. 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. "Com o advento de nova legislação alterando os critérios para a cobrança do tributo, é de se presumir que, em vista da estrita legalidade tributária, a autoridade fiscal cumprirá a lei. Com lastro nesse fato, é inegável o cabimento do mandado de segurança preventivo para obstar ação concreta do agente arrecadador, afastada, por conseguinte, a alegada impetração contra lei em tese" (REsp n. 207.270/MG; relator Ministro Franciulli Netto). 2. É inviável ao STJ analisar questão acerca da correta indicação da autoridade coatora em virtude da necessidade de examinar a legislação Municipal para verificar qual autoridade seria competente para executar o ato tido como coator - Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal - "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". 3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido"*[4].

Por tais razões, demonstrado que a Lei n. 4.785, de 16.12.2015 possui efeitos concretos, declaro a inaplicabilidade da Súmula n. 266/STF[5] ao presente mandado de segurança e, por consequência, afasto a preliminar de inadequação da via eleita.

No mérito, concedo a segurança pleiteada.

Verifico, com efeito, que a impetrante é sociedade empresária cujo objeto social é o aluguel de automóveis, originária e tradicionalmente mineira, cuja sede e domicílio tributário, tal como eleito em seu Estatuto Social, é o Município de Belo Horizonte, razão pela qual registra seus veículos em Minas Gerais e, por conseguinte, recolhe o IPVA naquela unidade da federação.

A Lei Estadual n. 4.785, de 16.12.2015, como visto, proibiu expressamente que empresas locadoras atuantes no Estado de Mato Grosso do Sul utilizem veículos licenciados em outros Estados, para locação neste rincão, sob pena de apreensão e pagamento de multa, a ser aplicada em dobro no caso de reincidência.

Veja-se, a propósito, o teor da lei impugnada:

> *"O Governador do Estado De Mato Grosso Do Sul.*
>
> *Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º As empresas locadoras de veículos que atuam no Estado de Mato Grosso do Sul não poderão utilizar veículos licenciados em outros Estados, para locação neste Estado.*
>
> *Art. 2º As empresas locadoras de veículos deverão enviar, anualmente, ao Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN) a relação de todos os veículos disponíveis para locação, contendo marca, modelo, ano de fabricação, placas dos veículos e município de licenciamento.*
>
> *Art. 3º A inclusão e a exclusão de veículos na frota das empresas locadoras, contendo todos os dados relacionados no caput do art. 2º, deverão ser comunicadas ao Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, sob pena de multa por veículo, não incluído ou excluído, aplicada em dobro no caso de reincidência.*
>
> *Art. 4º Os veículos licenciados em outros Estados que forem flagrados locados no Estado de Mato Grosso do Sul serão apreendidos e, somente, liberados após o pagamento de multa, a ser regulamentada pelo órgão fiscalizador e competente, que será aplicada em dobro no caso de reincidência.*

4 REsp 619.889/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 26/02/2007, p. 576

5 Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

> *Parágrafo único. As multas aplicadas no caso de o veículo ser licenciado em outro Estado será de responsabilidade da empresa proprietária do bem.*
>
> *Art. 5º As empresas locadoras de veículos terão o prazo de 180 dias, a contar da publicação desta Lei, para licenciar seus veículos no Estado de Mato Grosso do Sul, enviando relação ao DETRAN.*
>
> *Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*
>
> *Campo Grande, 16 de dezembro de 2015."*

Ora, cediço que, de acordo com o que dispõe o art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro[6], o registro de veículos perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal deve ser feito no município de domicílio ou residência de seu proprietário.

O Código Civil, por sua vez, em seu o art. 75, IV[7], dispõe que o domicílio das pessoas jurídicas é o do lugar onde funcionem as respectivas diretorias e administrações ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

Por outro lado, o art. 127, II, do Código Tributário Nacional[8], dispõe que, na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, considera-se como tal, quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar de sua sede ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

Ora, a lei estadual ora impugnada, ao determinar que os veículos da locadora impetrante, com sede em outra unidade da federação, sejam registrados e licenciados em Mato Grosso do Sul, o que implicará na obrigatoriedade do recolhimento do IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores neste Estado, afronta sem dúvida a competência legislativa, esta privativa, outorgada à União Federal pelo art. 22, inciso XI, da Constituição Federal, além de atentar contra o princípio do livre exercício do trabalho ou de atividade econômica, estipulado no inciso XIII do art. 5º da Constituição da República.

Na verdade, somente através de Lei Complementar Federal a União (e só ela) poderia autorizar o Estado a legislar sobre trânsito, incluindo a matéria sobre licenciamento, conforme dispõe o artigo 22, parágrafo único, da Carta Magna.

Mostra-se evidente, portanto, o vício de inconstitucionalidade formal da lei questionada acarretado pela usurpação de iniciativa de lei atribuída à União.

Nesse sentido, eis o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS ("MOTOTÁXI"). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. I - Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art.22, XI). II - Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar. III - Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas.*

6 Art. 120. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.

7 Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:
IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

8 Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:
II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

IV - Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97"[9].

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS DESTINADAS AO TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. É da competência exclusiva da União legislar sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa exercer tal atribuição (CF, artigo 22, inciso XI, e parágrafo único). 2. Inconstitucional a norma ordinária estadual que autoriza a exploração de serviços de transporte remunerado de passageiros realizado por motocicletas, espécie de veículo de aluguel que não se acha contemplado no Código Nacional de Trânsito. 3. Matéria originária e de interesse nacional que deve ser regulada pela União após estudos relacionados com os requisitos de segurança, higiene, conforto e preservação da saúde pública. Ação direta de inconstitucionalidade procedente"[10].

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 11.223/99, do Estado de Santa Catarina. Obrigatoriedade de identificação telefônica na carroceria de veículos de transporte de carga e de passageiros (art. 1º e 2º). Imposição de penalidade restritiva, na forma de bloqueio do licenciamento pela autoridade de trânsito local (art. 3º). ***Relevância jurídica da alegação de invasão de competência da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI da CF).*** *Periculum in mora consistente na imposição de sanção em caso de descumprimento da obrigação. Pedido de liminar deferido em parte, e com efeitos "ex tunc", tão somente para suspender, até o julgamento final da ação direta, a eficácia do art. 3"*[11]*. (Destaquei)*

A inconstitucionalidade material, por sua vez, reside na imposição da lei impugnada obrigando as locadoras, mesmo que tenham domicílio fiscal em outro Estado, a licenciar os veículos de sua propriedade no Estado de Mato Grosso do Sul, o que configura ofensa aos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência, da livre locomoção, bem assim ao princípio da não limitação ao tráfego de pessoas ou bens, por meio da cobrança de tributos, ainda que de forma indireta, o que encontra impedimento nas Súmulas n. 70, 323 e 547 do STF[12], bem como nos arts. 5º, XV, 150, V, 170, IV, todos as CF/88[13].

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, concedo a segurança, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n. 4.785/2015 do Estado de Mato Grosso do Sul, relativamente à impetrante, tornando, por conseguinte, definitiva a liminar concedida que determinou ao Estado de Mato Grosso do Sul que se abstenha de implementar a referida lei inconstitucional.

9 ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 Ement Vol-02255-02 PP-00250 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 168-175 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 56-70

10 ADI 2606, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2002, DJ 07-02-2003 PP-00021 Ement Vol-02097-03 PP-00509

11 ADI 2407 MC, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 18-10-2002 PP-00026 Ement Vol-02088-01 PP-00120

12 Súmula n. 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.
Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.
Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

13 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:
(...)
XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
(...)
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;
(...)
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
IV - livre concorrência;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da 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, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 05 de outubro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1402997-05.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DA MAGISTRATURA DO ESTADO – JUÍZO DE COMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DAS QUESTÕES COM O PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SE PRONUNCIAR SOBRE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO – POSSIBILIDADE DE REVER NOTA APENAS NO QUE DIZ RESPEITO À QUESTÃO NÚMERO 2 – ERRO GROSSEIRO – CORREÇÃO EM CONFRONTO COM A LEI – DIREITO DO CANDIDATO À PONTUAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE NA GRADE DE RESPOSTA COM OS ENUNCIADOS DAS QUESTÕES – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O Poder Judiciário, no controle de legalidade, não possui competência para substituir a banca examinadora com a finalidade de avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a eles atribuídas.

Apenas em hipóteses excepcionais, a exemplo da inobservância do conteúdo programático constante do edital do concurso público ou de erro grosseiro da comissão examinadora, é que se admite o controle judicial das provas aplicadas em concurso público.

Verifica-se a excepcional hipótese de erro grosseiro da comissão examinadora quando exige-se do candidato resposta manifestamente equivocada, a exemplo da exigência da aplicação de medida socioeducativa à criança, quando o texto expresso de lei (art. 105, ECA) e pacífica orientação doutrinária admitem tal medida apenas contra adolescentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do Relator. Declaram-se impedidos os Desembargadores Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Shreiner Maran.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cássio Lacar Couto contra ato do Presidente da Comissão do 31º Concurso Público para Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, consistente na manutenção da decisão do recurso administrativo interposto em razão do resultado da prova discursiva do mencionado certame.

O impetrante afirma, em suma, que:

> *"Com relação à questão de número 07, imperioso salientar que a matéria vertida era direito tributário, todavia, o espelho dado pela banca examinadora valorou com maior peso conceitos de direito civil, deixando de valorar as respostas afetas ao campo do direito em que abrangida a referida questão. Com isso, em face da ausência de divulgação prévia aos candidatos do quantitativo a ser valorado a cada item das perguntas feitas, bem como os critérios de correção a serem utilizados, houve violação expressa ao disposto no art. 48 da Resolução nº 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça" (f. 6);*
>
> *"Ora, o próprio espelho divulgado pela banca examinadora encontra-se ao arrepio do texto Constitucional, especificamente o art. 155, inc. I:" (f. 6);*
>
> *"Depreende-se da pergunta que em nenhum momento perquiriu-se ao examinado/impetrante a diferença entre a renúncia abdicativa e translativa, porém, de forma arbitrária e em flagrante ilegalidade, a Banca Examinadora valorou a diferenciação, infringindo direito líquido e certo do impetrante de ter sua prova corrigida com critérios claros, objetivos e legais" (f. 7);*
>
> *"Impende ressaltar que o impetrante não está se insurgindo contra a discricionariedade, mas sim a legalidade do enunciado para com a resposta que é considerada pela Banca Examinadora como correta, pois não pode a Banca Examinadora pressupor uma resposta que não indagou" (f. 7);*
>
> *"O questionamento do enunciado tinha por objetivo que os candidatos apresentassem os efeitos da transação realizada pelos particulares em face da Fazenda Pública (Diante da situação exposta, explique e justifique as consequências tributárias advindas da renúncia exercida por João em favor de José e da aceitação por parte de José), sendo de flagrante ilegalidade a cobrança e valoração de conceitos sobre institutos alheios ao que foi perguntado. Dessa forma, por todo o exposto, a resposta arbitrária e ilegal do espelho de correção deve ser anulada, somando-se à nota do impetrante 0,4 (quatro décimos), correspondente ao item 1 impugnado" (f. 10);*
>
> *"Com efeito, por fim, considerando a ilegalidade manifesta, requer de antemão a anulação da questão pelos fatos e fundamentos expostos, com a consequente atribuição de nota integral ao candidato (1 ponto); subsidiariamente, caso esse não seja o entendimento de Vossa Excelência, requer a atribuição à nota do candidato/impetrante de 0,4 (quatro décimos), considerando as ilegalidades apresentadas (item 1 do espelho: Diferenciação entre renúncia abdicativa e translativa: 0,4)' (f. 10);*
>
> *"Em que pese a fundamentação apresentada pela banca examinadora quando do indeferimento do recurso do candidato/impetrante, este enfrentou sim a questão relacionada à possibilidade de obrigação da criança à reparação do dano. É o que se vê no seguinte trecho destacado da sua folha de resposta: Não há, segundo o princípio da taxatividade (reserva legal), a possibilidade de aplicação da medida em desfavor de crianças, uma vez que as medidas socioeducativas são cominadas apenas aos adolescentes (art. 112, ECA). O impetrante/candidato ao abordar a situação apresentada corretamente defendeu sobre a impossibilidade de aplicação da medida socioeducativa em desfavor de crianças, conforme entendimento amplamente majoritário da doutrina, jurisprudência e alicerçado sobre a legislação prevista no ECA" (f. 16);*
>
> *"Assim, não resta dúvida sobre o equívoco da questão atacada, uma vez que a banca examinadora fundamentou seu espelho/reposta em entendimento isolado, afrontando claramente a legislação pátria (ECA), doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual, requer de antemão, o reconhecimento da ilegalidade e consequente atribuição da pontuação ao ora impetrante" (f. 17);*

> *"Nas presentes razões, o que se busca questionar é a pontuação referente ao item 2, mais precisamente quanto a citação do art. 50 da Lei n.° 11.343/2006, que teve como atribuição de nota 0,10 ponto. O impetrante, em sua resposta, obteve parcial pontuação no referido item 2. Isso porque deixou de mencionar algumas irregularidades presentes no enunciado da questão. Contudo, Excelência, o ora impetrante fez constar de sua resposta a previsão do art. 50 da Lei n.° 11.343/2006, mas não houve a atribuição de pontuação. É o que se verifica do trecho em destaque, cuja folha de resposta integral segue em anexo" (f. 20);*
>
> *"Encontra-se presente o fumus boni iuris, visto que ao impetrante assiste o direito de ter sua prova verificada com lastro em critérios claros, públicos e legais, pois, ao examinar seu pedido administrativo, a atuação do corretor permaneceu infringindo a legalidade, ao contrariar jurisprudência e doutrina dominantes na Questão 02, item b, requerer na Questão 07 resposta que diverge do solicitado na pergunta, e das questões 03 e 04 conclui que o candidato respondeu de forma satisfatória os enunciados, de modo que fez jus à pontuação integral. Quanto ao periculum in mora, o mesmo é inegável, diante da evidente possibilidade de prejuízo, ou seja, da ocorrência de lesão irreparável do direito do impetrante de prosseguir no certame" (f. 28).*

Ao final, requer:

> *"a) O recebimento do presente Mandado de Segurança com os documentos que o acompanham; b) a concessão imediata de medida liminar inaudita altera pars, para que o impetrante seja considerado aprovado na prova discursiva I (dissertativa) do 31° Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto da carreira da Magistratura do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, na condição de sub judice,* ***até o julgamento definitivo deste mandado de segurança, permitindo a continuidade no concurso público para o candidato, com a correção das provas discursivas II e III (sentenças cível e criminal) e demais atos subsequentes do processo administrativo;****" (31). (destaquei)*

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 197-202).

O Desembargador João Maria Lós apresentou informações no sentido de que *"não havendo, na espécie, flagrante ilegalidade que possa implicar na atribuição das notas almejadas pelo impetrante e sua consequente aprovação à fase subsequente do certame, inexistindo direito líquido e certo a ser protegido pela via do mandado de segurança, motivo pela qual deve ser denegada a ordem"* (fls. 207-212).

O Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou informações e defesa, sustentando questão preliminar de ausência de interesse processual por perda do objeto. No mérito, assevera que não pode o Poder Judiciário adentrar no mérito das questões para considerá-las corretas ou incorretas, sendo esta uma responsabilidade apenas da banca examinadora. Ao final, pugna pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina *"pela denegação da segurança e consequente extinção do processo, com resolução de Mérito"* (f. 259).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de Mandado de Segurança impetrado por Cássio Lacar Couto em face do Presidente da Banca Examinadora do Concurso da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, apontando como ato coator a aplicação de pontuação incorreta pela Banca Examinadora na

questão discursiva teórica realizada pelo Impetrante no 31º Concurso para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em que lhe foi atribuída a nota 5,23, sendo necessário para o seu prosseguimento no certame a nota 6,0.

A segurança deve parcialmente concedida.

Ao analisar o pedido de tutela de urgência (fls. 197-202), consignei a orientação sedimentada pelos Tribunais Superiores no sentido da impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca examinadora de concurso público para valorar respostas dadas pelos candidatos e as notas a eles atribuídas.

Confira-se, a propósito, julgado do Supremo Tribunal Federal, nesse exato sentido, em sede de repercussão geral – Tema 485:

> *"Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público.Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. 4. Recurso extraordinário provido*[1] *".*

Eis trecho do voto condutor do referido julgado:

> *"Na espécie, o acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao entrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora para renovar a correção de questões de concurso público, violando o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt).*
>
> *Não se trata de controle de conteúdo das provas ante os limites expressos no edital, admitido pela jurisprudência do STF nas controvérsias judiciais sobre concurso público. Ao contrário, o acórdão recorrido, expressamente, substituiu a banca do certame, de forma a proceder à nova correção das questões.*
>
> *Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.*
>
> *Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.*
>
> *Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Nesse sentido, entre vários precedentes, confira-se a ementa do RE-AgR 440.335, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma:*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende*

1 RE 632853, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-125 Divulg 26-06-2015 Public 29-06-2015

admissível o controle jurisdicional em concurso público quando "não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso". Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento".

Logo, tendo em vista que o acordão recorrido conflita com firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto*."*

Essa a orientação sedimentada, também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

"RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. BANCA EXAMINADORA. QUESTÕES. REVISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A intervenção do Judiciário no controle dos atos de banca examinadora em concurso público está restrita ao exame da legalidade do procedimento, não lhe cabendo substituir-se à referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas ou os critérios de correção das provas. Precedentes do STJ e do STF. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento[2]*."*

Nada obstante a conclusão ora indicada, o próprio conteúdo das decisões proferidas informa a excepcional possibilidade de controle judicial em ao menos duas hipóteses: análise da compatibilidade do conteúdo das questões com aquele previsto no edital regente; e análise quanto à existência de erro grosseiro.

A segunda hipótese, vale o registro, corresponde à análise da própria legalidade lato senso do conteúdo do certame, garantindo-se a observância dos princípios informadores da administração pública.

Confira-se, a respeito, precedente do Superior Tribunal de Justiça nessa linha:

"Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Anulação de questões de concurso público pelo poder judiciário. Inviável o exame do conteúdo e dos critérios de correção da banc examinadora. Exceção. Flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. Constatação de ilegalidade pelo Tribunal de Origem. Reexame fáticoprobatório. Súmula 7/STJ. 1. Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora parar reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. 2. Contrariar a conclusão do Tribunal de origem quanto à ilegalidade das questões do concurso público envolveria necessariamente o revolvimento fático-probatório dos autos, obstado nesta via especial pelo teor da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento[3]*."*

Resta evidente, portanto, que ao Poder Judiciário é vedada a análise do mérito do ato administrativo, impondo-se a este, entretanto, se provocado, o controle da juridicidade deste mesmo ato, mormente porque, além dos aspectos formais, viabiliza-se a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Cumpre, pois, identificar se, em algum dos itens apontados pelo impetrante, desponta ilegalidade manifesta quando da apreciação das respostas que desenvolveu na prova epigrafada.

2 RMS 33.108/MA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011

3 AgRg no REsp 1468332/SC, Relator(a) Ministra Diva Malerbi; DJe 24/05/2016

No que toca às questões de número 3 (três), 4 (quatro) e 7 (sete), entendo que a real pretensão inicial se volta justamente à valoração de notas atribuídas, até porque não se indicou ilegalidade de exigência de temas estranhos ao programa do certame ou erro grosseiro.

Os supostos "erros de avaliação", a meu juízo, não contém (e sequer se alegou) erros materiais aviltantes, limitando-se o impetrante a deduzir sua irresignação com as notas atribuídas pela banca examinadora, tema revestido de discricionariedade administrativa, posicionado fora do alcance do controle jurisdicional (restrito ao exame de legalidade). Inviável a pretensão, portanto, no que tange a esse ponto.

Nesse sentido, eis o entendimento desta Corte Estadual:

> *"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO DA MAGISTRATURA DO ESTADO - JUÍZO DE COMPATIBILIDADE DO CONTEÚDO DAS QUESTÕES COM O PREVISTO NO EDITAL DO CERTAME - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DE SE PRONUNCIAR SOBRE O CRITÉRIO DE CORREÇÃO CORREÇÃO UTILIZADO PELA BANCA NA QUESTÃO N° 7 - POSSIBILIDADE DE REVER A NOTA APENAS NO QUE DIZ RESPEITO A QUESTÃO NÚMERO 2 - ERRO GROSSEIRO - CORREÇÃO EM CONFRONTO COM A LEI - DIREITO DO CANDIDATO À PONTUAÇÃO - DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE NA GRADE DE RESPOSTA COM OS ENUNCIADOS DAS QUESTÕES - LIMINAR PARCIALMENTE CONFIRMADA - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA, CONCORDANDO EM PARTE COM O PARECER[4]."*

No que concerne à questão de número 2, versando sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, exige-se um pouco mais de atenção.

A questão n. 2 de direito civil, que versa sobre Direito da Criança e do Adolescente, foi assim elaborada:

> *"QUESTÃO 2 Direito da Criança e do Adolescente*
>
> *A) Defina a medida socioeducativa de reparar o dano, prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente e discorra sobre: I. requisitos indispensáveis à aplicação, II. fiscalização de cumprimento e III. momento de extinção.*
>
> *B) No precitado dispositivo legal encontra-se exceção à não aplicação de medida socioeducativa a criança por prática de conduta equiparada a ilícito penal? Justifique.*
>
> *C) Delimite o responsável pela reparação civil do dano causado por menor, estabelecendo paralelo com dispositivo(s) constitucional(is) e infraconstitucional(is) aplicável(is) ao Diploma Menorista."*

No tocante ao item "b" da questão n. 02, a grade de correção divulgada considerou os seguintes parâmetros:

> *"B. A obrigação de reparar o dano, decorrente de ato infracional, com reflexos patrimoniais, atinge não só o adolescente como a criança, autora de conduta equiparada a crime ou contravenção penal, desenhando-se, no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exceção à impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa ao*

4 Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 08/08/2016.

menor de 12 (doze) anos, desde que a criança possua capacidade financeira ou condições de promover a reparação, por exemplo, restituir o bem retirado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima."

A resposta esperada dos candidatos era no sentido de considerar o art. 116 do ECA exceção à regra de não aplicação de medida sócio educativa à criança que pratica ato infracional. A suprareferida resposta, entretanto, não encontra respaldo legal, doutrinário ou jurisprudencial.

Nesse sentido, colaciono trecho do voto proferido pelo Desembargador Vladimir Abreu da Silva, nos autos do Mandado de Segurança n. 1401625-21.2016.8.12.0000:

"De fato, o art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que, in verbis: Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (Destaquei.)

Consoante se depreende do dispositivo em questão, a lei "instituiu a possibilidade de impor ao adolescente autor de ato infracional com 'reflexos Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul patrimoniais', como medida socioeducativa, a obrigação de reparar o dano causado à vítima, seja pela restituição da coisa subtraída, seja pelo respectivo ressarcimento, seja através de outra alternativa compensatória" (CURY, Munir [Coord.], Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 02.2013. p. 584, nota 2 ao art. 116. Sublinhei.).

O entendimento de que o art. 116 do ECA se aplica apenas ao adolescente está consolidado na doutrina desde a edição da lei. Já na época, Paulo Lucio Nogueira salientava: É de se ver que o [art. 116 do] Estatuto prevê a reparação do dano causado somente pelo adolescente, pois, se se tratar de criança, pela qual os pais ou responsável respondem com exclusividade, a vítima terá que ingressar com ação de reparação do dano na justiça comum.2 A seu turno, Wilson Barreira reclamava, a respeito da nova lei, que: Seguramente, o maior equívoco, cometido nesta nova apresentação da medida [no art. 116], é o da não-extensão da sua aplicação aos menores de doze anos, já que não é possível aceitar que, em certos casos, o Juiz deixe de determinar que também a criança restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, etc.3 Mais recentemente, Wilson Donizeti Liberati salienta que: A medida [do art. 116] só pode ser aplicada a adolescente, pois a compensação de prejuízo causado por criança terá seu foro na Justiça Comum.4

Desse modo, o espelho de prova figura-se contrário ao imperativo legal acerca de possível exceção à não aplicação de medida socioeducativa a criança por prática de conduta equiparada a ilícito penal. Nessas circunstâncias, a solução esperada pela Banca Examinadora está em confronto com a lei a que se refere a questão do concurso. Aludida contrariedade evidencia a ausência de compatibilidade do conteúdo da questão do concurso com o previsto no edital do certame. Portanto, em relação à questão n. 02 é possível que esta Corte Estadual afira a compatibilidade das questões do concurso público com o previsto no edital do certame, reafirme-se, sem que o julgamento contrarie a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE.

No caso em análise, o impetrante esclarece haver descrito sua resposta ao item B da questão n. 02 da prova de direito civil, no seguinte trecho: 2 In Estatuto da criança e do adolescente comentado (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). São Paulo: Saraiva, 1991.

p. 148. Comentário ao art. 116. 3 In SIQUEIRA, Liborni (Coord.). Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 93. Comentário ao art. 116. 4 In Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 04.2008. p. 126. Comentário ao art. 116. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul A título de ilustração, a resposta do impetrante ao questionamento está conforme à doutrina majoritária, à jurisprudência e ao Estatuto da Criança e do Adolescente e, assim, contrária ao espelho de correção, nesses termos: "Pode-se dizer que o art. 116 do ECA, ao se referir somente a adolescente, exclui a aplicação da medida socioeducativa a criança.

Contudo, todas as medidas socioeducativas somente são aplicáveis a adolescentes, por força do art. 105 do ECA, que dispõe que às crianças somente são aplicadas as medidas protetivas do art. 101 do ECA. Os adolescentes, por sua vez, além das medidas socioeducativas, também podem receber medidas protetivas." Aliás, na justificativa do Recurso Administrativo interposto pelo impetrante foi mantida a atribuição de nota "0" (zero) ao item "b" da questão de n. 02, o que está equivocado e se mostra arbitrário, uma vez que o candidato foi surpreendido com a resposta baseada em doutrina absolutamente minoritária ou até mesmo isolada. (f. 19).

Refazendo a leitura da petição inicial após esclarecimento oferecido pelo impetrante na fase postulatória, foi possível compreender que o texto destacado corresponde à resposta do impetrante à questão n. 02, conforme a documentação que ele juntou na sequência (f. 167-168).

Assim, enquanto o conteúdo da questão n. 02 carece de compatibilidade com o previsto no edital do certame, pois a resposta esperada está em franca contrariedade com a disposição legal do art. 116 do ECA, a resposta oferecida pelo impetrante está em conformidade com a mencionada lei, devendo ser prestigiada.

O reconhecimento de que a resposta do impetrante está de acordo com a lei regente da matéria examinada e merece pontuação permite-lhe acrescentar 0,2 (dois décimos) à nota alcançada na prova, de sorte que sua nota se eleva a 6,0 (seis) pontos, quantum mínimo para que lhe sejam corrigidas as provas discursivas seguintes, conforme preceituam os itens 58 e 58.1 do edital de abertura do certame. Observo, oportunamente, que o Edital n. 066.0.049.0005/2016- SCSM, disponível no site deste Tribunal de Justiça na internet (www.tjms.jus.br), tornou públicas as notas das provas discursivas II e III alcançadas pelo impetrante, quais sejam, 9,000 e 6,500, respectivamente, tendo sido, portanto, aprovado em ambas. ***Ante o exposto, contra o parecer, concedo em parte a segurança postulada a fim de que seja acrescido 0,2 (dois décimos de ponto) à nota que o impetrante obteve na questão n. 02, permitindo-lhe assim continuar no concurso público****, com a correção das provas discursivas II e III (sentenças cível e criminal) e demais atos subsequentes do processo administrativo, se por outro motivo não houver que ser excluído do certame." (Destaquei)*

Assentadas essas premissas, deve ser anulado o item B da questão número 2 (Direito da Criança e do Adolescente), razão pela qual impõe-se atribuir pontuação integral ao candidato, adicionando-se à sua nota 0,2 pontos, em conformidade com o item 5 do capítulo XV, do edital.

Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança apenas para anular o item B da questão n. 2 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da primeira prova discursiva e, assim, atribuir ao impetrante a nota correspondente (0,2 pontos), que deverá ser adicionada à sua nota, passando esta a ser 5,43 pontos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, concederam parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Declaram-se impedidos os desembargadores Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte. Ausente, justificadamente, o des. Divoncir Shreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de setembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0044383-07.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA REQUERIDA IMPORTADORA – AÇÃO REDIBITÓRIA, C/C PERDAS E DANOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CARRO ZERO COM DEFEITO – VÍCIO DO PRODUTO – VÁRIAS IDAS À CONCESSIONÁRIA – DEMORA SUPERIOR A 30 DIAS PARA SOLUÇÃO DOS DEFEITOS – PRODUTO INADEQUADO PARA O USO – RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA ÀS REQUERIDAS E AO BANCO FINANCIADOR – DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO PELO AUTOR – DANOS MORAIS EVIDENCIADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDA EM R$ 15.000,00 – AUTOR DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – BANCO FINANCIADOR – HONORÁRIOS DEVIDOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – VALOR CONDIZENTE COM O CASO CONCRETO.

A narrativa lançada evidencia hipótese de responsabilidade por vício do produto em relação de consumo, hipótese em que o art. 18, caput, do CDC, atribui aos fornecedores (montadora e concessionária) a responsabilidade em caráter solidário.

O direito previsto no art. 18, § 1º, I, II e III, do CDC, é potestativo, ou seja, uma vez caracterizada a superação do prazo de 30 (trinta) dias para o conserto do veículo, o consumidor pode optar pelo abatimento do preço, substituição do bem ou pela restituição da quantia paga.

Restou incontroverso, vez que alegado na inicial e confirmado pela requerida, que o veículo do autor apresentou problemas, tendo ido para a concessionária por no mínimo três vezes, sendo que em duas delas permaneceu por período superior a 30 dias (33 e 77 dias). No último conserto, o veículo permaneceu na concessionária por mais de sete meses, não tendo sido devolvido ao autor até a data do ajuizamento da ação.

É certo na hipótese, em razão dos defeitos apresentados, os quais não foram sanados até a última entrada do veículo na concessionária, que restou comprometida a qualidade do veículo, com certa diminuição de seu valor, o que autoriza, segundo o § 3º do art. 18, o consumidor fazer uso imediato das opções previstas no § 1º do mesmo artigo, como a restituição imediata da quantia paga. Assim, plenamente possível ao autor postular a restituição do valor que pagou pelo veículo, devidamente corrigido monetariamente desde a compra. Importante destacar que se trata de direito potestativo do autor de haver a restituição de valores, não de reparação por ato ilícito. A lei confere ao consumidor a prerrogativa de exercer poder em proveito próprio, impondo estado a ser assumido pelos fornecedores de produtos, quer queiram ou não.

Deve ser restituído ao autor não só o valor pago diretamente às requeridas, como a quantia por ele despendida com o financiamento do veículo junto ao Banco Safra S/A, tendo em vista que a compra através de financiamento bancário, por certo, seria compensatória desde que o autor pudesse utilizar do bem, o qual seria útil para o seu trabalho como médico veterinário, porém deixou de usufruir durante todo o período em que o veículo permaneceu na oficina para reparos, o qual, aliás, foi bem longo.

O veículo deve ser devolvido pelo autor livre de quaisquer ônus, devendo obter a liberação da restrição decorrente do contrato de leasing junto ao Banco Safra S/A, se houver, bem como fornecer toda a documentação necessária para a transferência do bem para o nome da requerida.

Concernente ao pedido de indenização por dano moral, nota-se que toda essa conjuntura vai muito além de um simples e esporádico inadimplemento contratual ou prejuízo econômico. Trata-se de modelo de negócios. O que revela que o constrangimento incessante e reiterado revela que de mero dissabor ou simples prejuízo econômico não se trata. Mas de inequívoca "coisificação" do consumidor, que nada pode fazer em relação ao poderio maciço do conglomerado empresarial multinacional, em clara violação ao princípio da dignidade humana.

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 a emoldurar o caso em comento, entende-se que a forma utilizada pelo julgador de piso para a fixação do valor não se mostra desarrazoada, posto que a quantia de R$ 15.000,00 está condizente com o que vem sendo arbitrado em casos semelhantes.

O autor decaiu de parte mínima do pedido, devendo as requeridas arcarem com o ônus da sucumbência integralmente, consoante entendeu o julgador singelo.

No caso concreto, a verba honorária foi arbitrada em 15% do valor da condenação, valor condizente com o trabalho desempenhado pelo advogado do autor, bem como duração da lide (mais de cinco anos), complexidade da causa e proveito econômico com a presente ação, devendo ser mantida.

Também é devida a condenação das requeridas no pagamento de honorários advocatícios ao Banco Safra S/A, no valor de R$ 5.000,00, porquanto, como bem assentou o julgador singelo, diante da negativa das requeridas em cumprir a norma contida no art. 18 do CDC, deixando de assumir a responsabilidade pelos vícios do produto que colocaram no mercado e deram causa à propositura da presente ação. Portanto, em razão do princípio da causalidade e consequente necessidade de inclusão do banco na relação processual, devem as rés arcar com os honorários de sucumbência do seu causídico.

Concernente ao valor dos honorários fixados em favor da instituição financeira, como visto, de R$ 5.000,00, verifico que está em consonância com os critérios elencados no § 2º do art. 20 do CPC, tendo em vista que a instituição financeira não participou da lide desde o início, tendo porém se manifestado em todas as fases em que foi intimada, arcando inclusive com os honorários periciais. Assim, levando em consideração os requisitos já elencados, bem como o proveito econômico com a demanda, entende-se que a quantia deve ser mantida.

RECURSO DE APELAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA – AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE PEDIDO NA APELAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – QUESTÃO DECIDIDA E NÃO RECORRIDA – PRECLUSÃO – NÃO CONHECIDA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS FORNECEDORES – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA JÁ AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

A preliminar de ilegitimidade passiva restou afastada em decisão proferida pelo juízo *a quo*, tendo consignado que as requeridas Big Star e Atallah & Cia Ltda são a mesma pessoa jurídica, vez que, segundo contrato social, Big Star é o nome fantasia de Atallah. Sobre aludida decisão

a apelante interpôs agravo retido, porém deixou de pedir, por ocasião do recurso de apelação, o conhecimento e julgamento do referido recurso, de forma que não deve ser conhecido. Logo, a matéria relativa à ilegitimidade passiva da requerida Big Star restou atingida pela preclusão, o que impede sua análise nesta oportunidade. Ainda que assim não fosse, considerando que a apelante e a vendedora Atallah & Cia Ltda são, na verdade, a mesma pessoa jurídica, devem responder solidariamente pela presente ação, por força, repito, da previsão contida no caput do art. 18 do CDC, o qual dispõe que os fornecedores de produtos de consumo respondem solidariamente pelos vícios de qualidade apresentados. Portanto, seja em razão da preclusão ou da responsabilidade solidária entre as fornecedoras, a apelante é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação.

A alegação de sucumbência recíproca restou afastada em tópico anterior, quando da análise do recurso interposto pela requerida Districar.

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, não conhecer do agravo retido, conhecer em parte do recurso de Campo Grande Comércio e Adminstração Ltda - Bigstar e, nesta extensão, negar-lhe provimento e dar parcial provimento ao apelo de Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande Comércio e Administração Ltda – BIGSTAR - interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação Redibitória, c/c Perdas e Danos, que lhe move Valmor Rigo, na qual foram julgados procedentes os pedidos para condenar as requeridas a restituir ao autor os valores pagos para aquisição do veículo, bem como indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00. Sustenta, inicialmente, sua ilegitimidade passiva ou ausência de responsabilidade devido à inexistência de nexo causal com os alegados defeitos apresentados no veículo, tendo em vista ser apenas a oficina mecânica que realizou o conserto, não o tendo comercializado. Defende que somente poderia fazer parte da lide caso os problemas reclamados na inicial decorressem da prestação de serviços mecânicos, sendo incontroverso que os vícios eram decorrentes da fabricação. Aduz, ainda, a parcial procedência dos pedidos e não total como entendeu o julgador singelo, posto que o autor obteve êxito de 50% em relação aos danos materiais e 20% no que tange ao dano moral. Assim, pleiteia o reconhecimento da sucumbência recíproca com a condenação do autor no pagamento proporcional do ônus da sucumbência.

Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda também apelou alegando a inexistência de vício de fabricação no veículo indicado na inicial, pois embora tenha constado da sentença que o veículo foi para enviado para reparos por 11 vezes, explica que, na verdade, devido à proximidade de datas, muitas ordens de serviço se referem a mesma passagem do veículo na concessionária. E, nas ocasiões em que o veículo esteve na concessionária, aduz que os reparos necessários ao seu bom funcionamento foram efetiva e satisfatoriamente realizados, a tempo e modo próprios, como bem atestou o perito judicial. Defende, ademais, que o perito apresentou laudo pericial inconclusivo quanto à persistência dos problemas relatados,

de forma que não pode ser penalizada. No que tange à conservação do veículo, defende que não poderia ser exigido das rés que realizem qualquer tipo de manutenção nos últimos cinco anos. Afirmar não ter o autor se desincumbido do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Alternativamente, aduz que as rés devem ser condenadas ao abatimento proporcional do preço, nos termos do § 3º do art. 18 do CDC. Caso seja mantida a condenação de restituição da quantia paga, deverá se restringir ao valor da nota fiscal de f. 21, atualizada monetariamente e deverá ser determinado ao autor a devolução do veículo, livre de quaisquer ônus. Por fim, alega que transtornos e aborrecimentos não são passíveis de causar dano moral, sendo incabível indenização na hipótese. Alternativa, insurge-se acerca do valor da indenização por ser excessivo, devendo ser reduzido. Defende a existência de sucumbência recíproca em vista do autor ter restado sucumbente em alguns pedidos, devendo o ônus ser proporcionalmente distribuído, ou se assim não entender, que seja reduzida a verba honorária. Entende indevida a condenação em honorários ao Banco Safra, vez que incluído na lide de ofício, devendo ser afastada ou reduzido o valor. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

O autor apresentou contrarrazões a ambos os recursos, pleiteando o desprovimento. Determinou-se à Districar a regularização de sua representação processual, o que restou atendido. Posteriormente, diante da sentença estar incompleta, determinou-se nova impressão e juntada aos autos, o que também foi providenciado.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Campo Grande Comércio e Administração Ltda – BIGSTAR - e Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda interpuseram recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação Redibitória, c/c Perdas e Danos, que lhe move Valmor Rigo objetivando sua reforma.

Trata-se de ação redibitória, c/c perdas e danos, ajuizada por Valmor Rigo em face de Campo Grande Comércio e Administração Ltda – BIGSTAR, Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda, Atallah e Cia Ltda, sob o fundamento de que adquiriu veículo zero km em 26/12/2008 e este apresentou defeitos que ocasionaram sua ida por diversas vezes à concessionária para conserto, inclusive sendo guinchado por várias vezes. Narra que ao imprimir velocidade superior a 40 km, a carroceria tremia muito, além da ferrugem na carroceria do lado direito. Diz que esses problemas foram informados no dia 08/10/2009, quando o veículo foi à concessionária, sendo que posteriormente, quando da revisão de 20.000 km, em 18/11/2009, os problemas persistiam. Por fim, em 22/01/2010 o automóvel foi guinchado para a concessionária, vez que os defeitos ainda persistiam e desde essa data encontra-se no pátio da concessionária.

As preliminares arguidas em contestação foram afastadas, bem como houve desistência da ação em relação à Atallah e Cia Ltda. O processo foi saneado e realizada prova pericial.

O juízo *a quo* proferiu sentença considerando inepta a petição inicial em relação aos danos materiais, em razão da não indicação, precisa e especificamente, dos fatos configuradores dos "grandes prejuízos" materiais que vinha suportando. No mais, julgou procedentes os demais pedidos por entender comprovado que o veículo estava eivado de vício de qualidade que o tornava impróprio ou inadequado para o uso que dele se podia esperar e que restou incontroverso o fato de que permaneceu por mais de 30 dias na oficina da requerida Big Star. Assim, condenou as requeridas Districar e Big Star na restituição ao autor de todas as quantias que pagou para aquisição do veículo, inclusive as importâncias relativas ao financiamento com o Banco Safra S/A, bem como no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00. Julgou improcedente os pedidos em relação ao Banco Safra S/A. Condenou ainda as requeridas no pagamento

das custas e honorários advocatícios ao advogado do autor, fixados em 15% do valor da condenação, bem como honorários ao advogado do Banco Safra S/A, no valor de R$ 5.000,00.

Inconformadas, insurgem-se as requeridas.

Inicialmente, registro que a análise das questões recursais se dará sob à égide do CPC/73, tendo em vista a prolação da sentença em setembro de 2015.

Do recurso de apelação da ré Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda

Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda alega a inexistência de vício de fabricação no veículo indicado na inicial, pois embora tenha constado da sentença que foi enviado para reparos por 11 vezes, explica que, na verdade, devido à proximidades de datas, muitas ordens de serviço se referem à mesma passagem do veículo na concessionária. E, nas ocasiões em que o veículo esteve na concessionária, aduz que os reparos necessários ao seu bom funcionamento foram efetiva e satisfatoriamente realizados a tempo e modo próprios, como bem atestou o perito judicial. Defende, ademais, que o perito apresentou laudo pericial inconclusivo quanto à persistência dos problemas relatados, de forma que não pode ser penalizada.

No que tange à conservação do veículo, defende que não poderia ser exigido das rés que realizem qualquer tipo de manutenção nos últimos cinco anos. Afirmar não ter o autor se desincumbido do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Alternativamente, aduz que as rés devem ser condenadas ao abatimento proporcional do preço, nos termos do § 3º do art. 18 do CDC. Caso seja mantida a condenação de restituição da quantia paga, deverá se restringir ao valor da nota fiscal de f. 21, atualizada monetariamente e deverá ser determinado ao autor a devolução do veículo, livre de quaisquer ônus. Por fim, alega que transtornos e aborrecimento não são passíveis de causar dano moral, sendo incabível indenização na hipótese. Alternativa, insurge-se acerca do valor da indenização por ser excessivo, devendo ser reduzido. Defende a existência de sucumbência recíproca em vista do autor ter restado sucumbente em alguns pedidos, devendo o ônus ser proporcionalmente distribuído, ou se assim não entender, que seja reduzida a verba honorária. Entende indevida a condenação em honorários ao Banco Safra, vez que incluído na lide de ofício, devendo ser afastada ou reduzido o valor. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Pois bem.

A narrativa lançada evidencia hipótese de responsabilidade por vício do produto em relação de consumo, hipótese em que o art. 18, *caput*, do CDC, atribui aos fornecedores (montadora e concessionária) a responsabilidade em caráter solidário.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou sua jurisprudência a respeito do tema, tanto que lançou no editorial "Jurisprudência em teses, Edição nº 42 – Direito do Consumidor II", de 30 de setembro de 2015 (disponível no endereço eletrônico http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp):"6) A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária e do fabricante."

Referida tese tem como precedentes: AgRg no AREsp 661420/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 26/05/2015, DJe 10/06/2015; EDcl no REsp 567333/RN, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; REsp 611872/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 23/10/2012; REsp 547794/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011; REsp 912772/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 11/11/2010; REsp 1533282 /RS (decisão monocrática), Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 03/08/2015, DJe 14/08/2015. (vide informativo de jurisprudência N. 505)

Desta feita, na hipótese, não há dúvidas de que tanto a Districar – Importadora, quanto a Big Star – concessionária - devem responder pelos vícios apresentados no veículo descrito na inicial.

Constatado o vício do produto, o art. 18, § 1º, do CDC, estabelece prazo máximo de 30 dias ao fornecedor para sua regularização. Trata-se de direito do fornecedor, conforme anotações de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade ao referido artigo:

> *"O objetivo do dispositivo legal em comento é dar conhecimento ao fornecedor do vício detectado no produto, oportunizando-o a iniciativa de saná-lo, foto que prescinde de notificação formal do responsável, quando este, por outros meios, venha a ter ciência do defeito."* (Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado, 6ª ed., Método, 2016, p. 541)

No caso concreto, quanto aos vícios do produto, restou incontroverso o fato do autor ter adquirido, em 26/12/2008, da Atallah e Cia Ltda (Águia Motors), o veículo da marca SSangyong, modelo Actyon Sports, paca HTH 6789, da cor prata, ano 2009.

Também incontroverso o fato do veículo ter apresentado problemas, vez que as requeridas não negam, sendo que Big Star afirma a ausência de culpa, tendo em vista que a demora ocorreu em razão da falta de peças pelo fornecedor, confessando que o veículo deu entrada em seu estabelecimento pelo menos três vezes.

A primeira vez, em 08/10/2009, relativamente à ordem de serviço n. 18.223, diz que foram reclamados de problemas de trepidação do veículo acima de 40 km/e e estalo no momento em que a tração é acionada. Afirma que para a trepidação foi substituída a arruela de encosto e reparado o conversor de torque. Em relação ao estalo na tração, disse que o fabricante informou que é normal em todos os modelos SSangyong Actyon Sports.

Prossegue a requerida, na contestação, descrevendo os acontecimentos: em 10/10/2009 – solicitação de peças para reparo na garantia; em 16/10/2009 – autorização concedida; 15/11/2009 – remessa de peças, concluindo com a informação de entrega do veículo no dia 18/11/2009 e de duração de 33 dias de demora para entrega, ressaltando que apenas 5 dias se referem a procedimento realizados pela primeira requerida, sendo que nos outros 28 dias estava aguardando a remessa de peças pelo fornecedor (f. 134).

Quanto à ordem de serviço n. 19.153, descreve que como problemas reclamados: solicitada a substituição do cubo da roda dianteira direito e do semi-eixo dianteiro, tendo como solução a substituição das peças solicitadas, cujo reparo demorou apenas 1 dia (f. 134).

No que tange à ordem de serviço n. 19.379, disse a requerida que o veículo deu entrada no dia 08/03/2010, tendo como problemas apresentados: trepidação no câmbio e veículo sem potência. Descreve como soluções apontadas: para a trepidação do câmbio foi feita a substituição da bomba de alta pressão, do modulador de vácuo, da válvula EGR e do filtro de óleo; para a perda de potência foi realizada a substituição da arruela do encosto, do conversor de torque, do rolamento e do óleo de transmissão.

Disse que houve solicitação de peças em 11/03/2010 e autorização concedida em 17/03/2010, com remessa de peças em 20/05/2010, sendo a entrega do veículo ainda não realizada (data do protocolo da contestação – 16/12/2010). Como conclusão informou o seguinte: dos 77 dias de demora para a entrega, apenas 7 dias se referem a procedimentos realizados pela primeira requerida, sendo que nos outros 70 dias estava-se aguardando a remessa de peças pelo fornecedor (f. 135).

Da narrativa da requerida é possível observar que o veículo do autor esteve na concessionária para reparos de defeitos e não para revisão normal, pelos menos por três vezes, num período de aproximadamente

um ano (aquisição em dezembro de 2008 – último conserto em janeiro de 2010), sendo que em duas delas permaneceu por mais de 30 dias. Aliás, na última vez permaneceu, como visto, por 77 dias.

Ademais, o autor afirmou na inicial que deixou o veículo pela última vez para ser consertado em 22/01/2010 e lá permaneceu até o ajuizamento da ação, em agosto de 2010.

Frise-se que a prova pericial não acrescentou muito ao deslinde da controvérsia, porquanto à época da perícia o veículo estava em garagem da requerida sem funcionamento há cinco anos, o que impediu sequer seu funcionamento, impossibilitando, assim, a constatação dos defeitos alegados, bem como se houve o devido conserto, além de impedir a aferição de seu valor atual.

Visto isso, a lei consumerista consagra o princípio da responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos frente aos consumidores.

Nesse sentido, o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

> *"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo, duráveis ou não duráveis, respondem solidariamente pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequadas ao consumo a que se destinam, ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*
>
> *§ 1º. Não sendo o vício sanado no prazo máximo de (30) dias, podendo o consumidor exigir, alternativamente, e à sua escolha:*
>
> *I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;*
>
> *II - a restituição imediata da quantia paga monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;*
>
> *III - o abatimento proporcional do preço.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6° São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;*
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam."*

Fixada essa premissa, é evidente que o produto adquirido tornou-se inadequado ao fim destinado, caracterizando-se, assim, sua impropriedade ao uso (parágrafo 6º do art. 18 do CDC).

Com isso, plenamente possível ao autor postular a restituição do valor que pagou pelo veículo, devidamente corrigido monetariamente desde a compra.

Importante destacar que se trata de direito potestativo do autor de haver a restituição de valores, não de reparação por ato ilícito. Daí porque não se atribui às requeridas nenhuma violação a direito ou prática

de ato ilício ou abusivo. A lei confere ao consumidor a prerrogativa de exercer um poder em proveito próprio, impondo um estado a ser assumido pelos fornecedores de produtos, quer queiram ou não.

Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em recentíssima decisão unânime:

> *"O direito previsto no art. 18, § 1º, I, II e III, do CDC, é potestativo, ou seja, uma vez caracterizado a superação do prazo de 30 (trinta) dias para o conserto do veículo, o consumidor por optar pelo abatimento do preço, substituição do bem ou pela restituição da quantia paga. Se a causa de pedir formulada pelo consumidor refere-se à tese de que o conserto foi realizado muito além do prazo de 30 dias, torna-se desnecessária a realização de prova pericial para apontar a existência ou não de defeitos no automóvel, até porque os vícios não mais existem, restando controversa apenas a questão do lapso temporal para o saneamento dos vícios e o alegado descumprimento contratual."* (Agravo de Instrumento - Nº 1405613-50.2016.8.12.0000 - Campo Grande, Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, 28 de setembro de 2016) [destaquei]

Outro não é o entendimento dos Tribunais Pátrios. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - COMPRA DE CARRO ZERO KILÔMETRO - VÍCIO DO PRODUTO - DEFEITOS NÃO SANADOS - RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA MONETARIAMENTE ATUALIZADA - DANO MORAL CONFIGURADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. 1. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa de quem requer prova pericial e intimado para pagar o correspondente honorário não o faz, atraindo a preclusão da oportunidade de produzir a prova. Questão processual rejeitada.* ***2. O descumprimento do dever básico da fabricante de entregar veículo novo hígido, com defeito que se revelou intransponível, possibilita o enjeite do produto defeituoso, nos termos do art. 441, do Código Civil e, art. 18, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. 3. A restituição do valor pago pela apelada deve ser corrigido monetariamente desde o efetivo desembolso e os juros de mora devem incidir desde a citação, conforme art. 406, do Código Civil. 4. É cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido****, valor que deverá ser corrigido monetariamente desde seu arbitramento, conforme Súmula n. 362, do STJ, sobre o qual incidirá juros legais a partir da citação, conforme previsão legal dos arts. 405, 406 e 407, do Código Civil. 5. Competindo ao juiz a fixação do valor da reparação, por dificuldade da inconversibilidade do dano moral, deve o magistrado agir com as cautelas necessárias, primando pela reparação do dano mas com a preocupação que desta não resulte indicativos de enriquecimento do lesado, pois há de sustentar-se em raciocínio carregadamente subjetivo . Indenização por danos morais minorada para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Considerando o disposto no art. 20, § 4º do CPC e analisando os critérios do § 3º do mesmo dispositivo, minoro os honorários advocatícios fixados no percentual de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor das condenações impostas à apelante. 7. Consoante o princípio da sucumbência, as custas serão arcadas pelo vencido na demanda. 8. Recurso parcialmente provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vitória, 31 de março de 2015. Presidente Relator"* (Processo APL 00316045920108080024, Órgão Julgador Primeira Câmara Cível, Publicação16/04/2015, Julgamento31 de Março de 2015, Relator Fabio Clem de Oliveira) - frisei

E ainda,

> *"Compra e venda de veículo. Reparação de danos. Veículo novo adquirido pela autora e que passou a apresentar uma série de problemas. Defeitos não reparados pela ré antes de 30 dias. Ocorrência. Pedido de troca por outro carro zero quilômetro ou a restituição da quantia paga. Aplicação do artigo 18, § 1º do CDC. Ação julgada procedente. Apelação. Preliminar de nulidade da sentença por vício extra petita. Rejeitada. Dano moral. Ocorrência. Carro que ficou parado na Av. Marginal Pinheiros. Dissabores que ultrapassam o limite do esperado. Danos morais fixados em R$6.000,00. Sentença mantida. Recurso improvido."* (Processo: APL 9223276792007826 SP 9223276-79.2007.8.26.0000, Orgão Julgador 32ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 25/03/2011, Julgamento: 24 de Março de 2011, Relator: Francisco Occhiuto Júnior)

A restituição do valor pago é opção do consumidor, de forma que resta afastada a pretensão de abatimento do valor do veículo, como pretende a apelante. É certo na hipótese, em razão dos defeitos apresentados, os quais não foram sanados até a última entrada do veículo na concessionária, que restou comprometida a qualidade do veículo, com certa diminuição de seu valor, o que autoriza, segundo o § 3º do art. 18, o consumidor fazer uso imediato das opções previstas no § 1º do mesmo artigo, como a restituição imediata da quantia paga.

No que tange à restituição do valor, o juízo *a quo* determinou a devolução da quantia paga pelo autor diretamente às requeridas, bem como todas as importâncias pagas pelo autor ao Banco Safra S/A, em razão de contrato de leasing (f. 326), com o que discorda a apelante.

Entendo que a sentença deve ser mantida, porquanto deve ser restituído ao autor não só o valor pago diretamente às requeridas, como a quantia por ele despendida com o financiamento do veículo junto ao Banco Safra S/A, tendo em vista que a compra através de financiamento bancário, por certo, seria compensatória desde que o autor pudesse utilizar do bem, o qual seria útil para o seu trabalho como médico veterinário, porém deixou de usufruir durante todo o período em que o veículo permaneceu na oficina para reparos, o qual, aliás, foi bem longo. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.224.835-0, DA VARA CÍVEL DE CASTRO AGRAVANTE: BANCO BGN S/A AGRAVADO: EDIPO DE ARAÚJO E ELDA LIMA DE ARAÚJO RELATOR: JUIZ SUBST. 2º GRAU ANTONIO CARLOS CHOMAAPELAÇÃO CÍVEL.AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO COM RESCISÃO DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA E DE ARRENDAMENTO MERCANTIL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FINANCEIRA.IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.AQUISIÇÃO DE VEÍCULO COM VÍCIOS OCULTOS GRAVES. RESCISÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS PELO ADQUIRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVIDA. QUANTUM FIXADO ADEQUADAMENTE. SOLIDARIEDADE DO BANCO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PROVIDO."* (TJPR - 18ª C.Cível - AC - 1224835-0 - Castro - Rel.: Antonio Carlos Choma - Unânime - J. 05.11.2014)

Em consequência, o veículo deve ser devolvido à requerida Atallah e Cia Ltda ou sua sucessora, conforme nota fiscal de f. 21. Observa-se que o autor desistiu da ação em relação à Atallah em razão de sua inexistência (f. 96), porém o documento de f. 97 demonstra que sua inscrição estava apenas suspensa em dezembro de 2010.

A devolução do veículo deve ser feita livre de qualquer ônus, devendo o autor obter a liberação da restrição decorrente do contrato de *leasing* junto ao Banco Safra S/A, se houver, bem como fornecer toda a documentação necessária para a transferência do bem para o nome da requerida-vendedora.

Nesse tópico, o recurso de apelação deve ser provido.

Concernente ao pedido de indenização por dano moral, note-se que toda essa conjuntura vai muito além de simples e esporádico inadimplemento contratual ou prejuízo econômico. Trata-se de modelo de negócio. O que revela que o constrangimento incessante e reiterado revela que de mero dissabor ou simples prejuízo econômico não se trata. Mas de inequívoca "coisificação" do consumidor, que nada pode fazer em relação ao poderio maciço do conglomerado empresarial multinacional, em clara violação ao princípio da dignidade humana.

A respeito do tema, colha-se a lição de Sergio Cavalieri Filho:

> *"Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configura, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral. ...O importante, destarte, para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter. uma mesma agressão pode acarretar lesão em bem patrimonial e personalíssimo, gerando dano material e moral. Não é preciso para a configuração deste último que a agressão tenha repercussão externa, sendo apenas indispensável que ela atinja o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da vítima. A eventual repercussão apenas ensejará o seu agravamento."* (Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., Atlas, 2014, p. 112-113)

No mesmo sentido as pertinentes observações de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade, já citados, escoradas em precedentes do STJ:

> *"Na mesma linha, também não afasta o direito à reparação por eventuais danos morais, nas hipóteses em que o vício do produto ocasionar ao adquirente dor, vexame, sofrimento ou humilhação, capazes de ultrapassar a esfera do mero dissabor ou aborrecimento (ex.: concessionária que não atende as solicitações do consumidor e deixa de sanar o vício de um veículo zero quilômetro, injustificadamente, causando-lhe inúmeros aborrecimentos e constrangimentos). Este entendimento, além de decorrer da interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI), está em consonância com a jurisprudência do STJ, que admite a condenação do fornecedor a título de danos morais, mesmo quando solucionado o vício no prazo legal, desde que demonstrado o constrangimento à higidez moral do consumidor."* (Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado, 6ª ed., Método, 2016, p. 541)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a demora excessiva no reparo de veículo dentro do prazo de garantia caracteriza dano moral indenizável. Confira:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DE DEFEITO NO PRODUTO (CARRO NOVO). CONSERTO NÃO REALIZADO E UTILIZAÇAO DE COMPONENTES NAO ORIGINAIS. LAUDO PERICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS DELINEADAS NO ACÓRDAO RECORRIDO. POSSIBILIDADE DE VALORAÇAO NA INSTÂNCIA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 7/STJ. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE CONDENAÇAO EM DANOS MORAIS. (...) 2. Acarreta dano moral a conduta ilícita causadora de violação à integridade psíquica ou moral da pessoa humana de forma*

mais extensa do que o mero aborrecimento, chateação ou dissabor. Precedentes. 3. Demonstrada, inclusive com prova pericial, a ocorrência de fato ensejador de dano moral, a consequência inevitável é a reparação respectiva. 4. agravo regimental desprovido". (AgRg no REsp n. 1159867/MG, Relator Ministro Paulo De Tarsosanseverino, Terceira Turma, julgado em 8/5/2012, DJe 14/5/2012).

No mesmo sentido,

"CIVIL E PROCESSUAL. VIOLAÇAO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇAO DE INDENIZAÇAO. REPARO DE VEÍCULO NOVO. DEFEITOS DE FÁBRICA. EXECUÇÕES INADEQUADAS. SUCESSIVAS TENTATIVAS PELA CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE AFASTADA. ART. 18 DO CDC.RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR. SUBSTITUIÇAO POR VEÍCULO NOVO. ART. 18. 1º, I, DO CDC. OPÇAO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONCEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSOS ESPECIAIS QUE DISCUTEM O INCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DO DANO MORAL. EXCLUSAO. (...)."Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor"(REsp nº 554.876/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJU de 17/02/2004). III. Devida a indenização por dano moral, porém em valor inferior ao fixado, de modo a evitar enriquecimento sem causa. IV. Cabe ao consumidor a escolha entre a substituição, a restituição do preço, ou o seu abatimento proporcional em tais hipóteses - art. 18, 1º, I a III, da Lei n.8.078/1990. Precedente. V. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, parcialmente providos". (REsp n. 912.772/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta turma, julgado em 26/10/2010, DJe 11/11/2010).

Também no âmbito do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é firme a mesma orientação:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MATERIAIS - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DEMORA NA SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS DO VEÍCULO DA CONSUMIDORA - ARTIGOS 12 E 14, DO CDC - TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇO - ARTIGO 32, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC - ARTIGO 186, DO CC - DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE DÃO ENSEJO AO DEVER DE INDENIZAR - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 18, DO CDC - DANO MORAL CARACTERIZADO - NECESSIDADE MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO - RELAÇÃO CONTRATUAL - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO - SÚMULA N° 361 DO STJ - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS - RECURSO DA CONCESSIONÁRIA CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DA CONSUMIDORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nas relações consumeristas, o prestador de serviços e os fornecedores de bens devem responder pelos danos causados aos seus clientes, independentemente da existência de culpa, por força da teoria do risco do empreendimento. Preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil previstos nos artigos 186 e 927, do CC, impõe-se o dever de indenizar por danos morais. O atraso excessivo no conserto de veículo causa constrangimento, aborrecimento, frustração e angustia, evidenciando o dano moral e dando ensejo a sua indenização. O valor da indenização nos casos de dano moral deve ser arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em se tratando de relação contratual, os juros de mora devem incindir a partir da citação. Correção monetária nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". (Apelação nº 0800635-59.2015.8.12.0018, Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Paranaíba; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/09/2016; Data de registro: 15/09/2016)

Ainda,

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – DIREITO DO CONSUMIDOR – COMPRA DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO COM DEFEITO DE FÁBRICA – RECURSO DE UMA DAS APELANTES CONHECIDO EM PARTE, EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO AOS JUROS E À CORREÇÃO MONETÁRIA – DEMAIS RECURSOS CONHECIDOS – MÉRITO – LAUDO PERICIAL NÃO CONSIDERADO EM RAZÃO DA DEMORA EM SUA REALIZAÇÃO – DEMORA DECORRENTE DAS PECULIARIDADES DO CASO – CONSTATAÇÃO QUE O VEÍCULO APRESENTOU DEFEITO DE FABRICAÇÃO – TROCA DO MOTOR – DEVER DAS REQUERIDAS EM DEVOLVER O VALOR PAGO PELA AUTORA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO – DANOS MORAIS DEVIDOS – SUCUMBÊNCIA DA PARTE AUTORA MÍNIMA – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADOS – PARTE REQUERIDA QUE DEVE ARCAR COM A TOTALIDADE – RECURSO DA REQUERIDA KAMPAI MOTORS LTDA NÃO PROVIDO - RECURSO DA REQUERIDA TOYOTA DO BRASIL S/A PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DETERMINAR QUE OS JUROS DE MORA CORRAM DESDE A CITAÇÃO – RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO PARA CONDENAR AS REQUERIDAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. (...) A responsabilidade pela perícia ter demorado a ser realizada, o que acarretou na impossibilidade de ser considerada nos autos, não pode ser imputada à parte autora, diante das peculiaridades verificadas dos autos. Veículo que ficou na posse da concessionária, a qual foi comunicada da intenção da consumidora em não mais ficar com o mesmo, sendo apreendido na sede da requerida em razão de decisão proferida nos autos de uma ação de busca e apreensão. Na hipótese, a prova carreada aos autos é suficiente para comprovar que o veículo adquirido "zero" pela autora tinha defeitos de fabricação, tanto que teve o motor trocado na garantia. Direito da consumidora a ser restituída do preço que pagou. É evidente o constrangimento a que foi injustamente submetida à consumidora (compra de veículo novo com defeitos prematuros), sendo estes fatos suficientes para a configuração de prejuízo extrapatrimonial, tratando-se de situação vexatória e humilhante. Indenização por danos morais devida. (...)"* (Apelação nº 0121915-96.2006.8.12.0001, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/07/2015; Data de registro: 16/07/2015)

Assim, conquanto evidenciados na narrativa os requisitos necessários à responsabilidade civil das requeridas, de forma objetiva e solidária (art. 18, do CDC), quais sejam o dano (graves transtornos causados pela privação do único meio de transporte do autor), conduta lesiva (demora excessiva para reparo de veículo na garantia em razão da inexistência de peças na cidade) e nexo de causalidade entre eles, deve ser acolhida a pretensão indenizatória por danos morais.

Fixada essa premissa, importa verificar o valor da indenização, fixada em primeiro grau em R$ 15.000,00, quantia que a apelante entende elevado, pugnando por sua redução.

No que tange ao arbitramento da indenização, deve-se levar em conta a extensão do dano, 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, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos expressos 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 a emoldurar o caso em comento, entendo que a forma utilizada pelo magistrado de piso para a fixação do valor não se mostra desarrazoada, posto que a quantia de R$ 15.000,00 está condizente com o que vem sendo arbitrado em casos semelhantes.

Nesse sentido, são os precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO – APRESENTAÇÃO DE DEFEITOS APÓS UMA SEMANA DE USO – LEGIMITIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA REVENDEDORA DE AUTOMÓVEL – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – RESCISÃO DE CONTRATO E SUBSTITUIÇÃO DE VEÍCULO DESNECESSÁRIA – VEÍCULO COM CARACTERÍSITCA DE ZERO QUILÔMETRO – VÍCIO SANADO – DANO MORAL CONFIGURADO – TRANSTORNOS – OBRIGAÇÃO DE A CONSUMIDORA ADQUIRENTE COMPARECER VÁRIAS VEZES À CONCESSIONÁRIA PARA CESSAREM OS DEFEITOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Nas ações ajuizadas pelo consumidor que adquire carro novo e alega defeitos de fábrica no veículo, devem integrar o polo passivo a montadora e a concessionária. O cerceamento do direito de defesa opera–se quando ocorre uma limitação na produção de provas requerida por uma das partes no processo, cujo indeferimento prejudica em relação ao seu objetivo processual, o que não se verifica nos casos em que apesar de não ter sido juntado o histórico de venda do automóvel objeto da ação, houver outros documentos suficientes a comprovar o ser a autora a primeira adquirente do bem, como a inspeção e o processo de entrega de veículo novo, além do histórico do veículo apresentado pelo Detran-MS. Havendo documentos juntados aos autos, por ambas as partes, demonstrando que o veículo adquirido pela recorrente era novo e lhe foi entregue dentro das especificações para o procedimento e que eventuais defeitos apresentados após o início do uso foram sanados, afasta-se a necessidade de rescisão contratual ou a substituição do automóvel por outro da mesma espécie. O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de ser devido o dano moral nos casos em que o adquirente de veículo novo tiver que comparecer diversas vezes à concessionária para realização de reparos."* (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/08/2016; Data de registro: 01/09/2016)

E ainda,

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO – VÍCIOS ORIGINÁRIOS DA FABRICAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONCESSIONÁRIA QUE VENDEU O BEM – ARTIGO 18 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANOS MORAIS – DEVIDOS – VALOR QUE OBEDECE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, entende-se por fornecedor todos aqueles que participaram da cadeia produtiva do produto, o que inclui o fabricante, o importador, bem como o comerciante, podendo o consumidor acionar quaisquer deles, que responderão de maneira solidária pelo vício*

> *apresentado. 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 magistrado 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 extensão do dano causado. Se o agravante pretende apenas a rediscussão da matéria apreciada nos recursos de apelação cível e não traz novas razões ou não apontam erro ou injustiça na decisão, esta deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Regimental conhecido e não provido."* (Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 07/03/2016; Data de registro: 10/03/2016; Outros números: 75681420118120021500001)

Logo, deve ser mantido o valor de R$ 15.000,00 fixado pelo juízo *a quo*.

Quanto à distribuição do ônus da sucumbência, observa-se que o autor pleiteou na inicial: rescisão do contrato; reembolso do valor pago; perdas e danos a serem arbitrados; indenização por danos morais em, no mínimo, 100 salários mínimos.

No que tange às perdas e danos (danos materiais), a petição inicial foi considerada inepta. Assim, o autor obteve sucesso no pedido de restituição da quantia paga, rescisão do contrato e danos morais.

Assim, verifica-se que o autor decaiu de parte mínima do pedido, devendo as requeridas arcarem com o ônus da sucumbência integralmente, consoante entendeu o julgador singelo.

No que tange aos honorários advocatícios, dispõe o art. 20 do CPC:

> *"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação da Lei nº 6.355, de 8.9.1976) (...)*
>
> *§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação da Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*
>
> *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."*

No caso concreto, a verba honorária foi arbitrada em 15% do valor da condenação, valor condizente com o trabalho desempenhado pelo advogado do autor, bem como duração da lide (mais de cinco anos), complexidade da causa e proveito econômico com a presente ação, devendo ser mantida.

Também é devida a condenação das requeridas no pagamento de honorários advocatícios ao Banco Safra S/A, no valor de R$ 5.000,00, porquanto, como bem assentou o julgador singelo, diante da negativa das requeridas em cumprirem a norma contida no art. 18 do CDC, deixando de assumir a responsabilidade pelos vícios do produto que colocaram no mercado deram causa à propositura da presente ação.

Portanto, em razão do princípio da causalidade e, consequente necessidade de inclusão do banco na relação processual, devem as rés arcarem com os honorários de sucumbência do seu causídico.

Concernente ao valor dos honorários fixados em favor da instituição financeira, como visto de R$ 5.000,00, verifico que está em consonância com os critérios elencados no § 2º do art. 20 do CPC, tendo em vista que a instituição financeira não participou da lide desde o início (f. 350), tendo porém se manifestado em todas as fases em que foi intimada, arcando inclusive com os honorários periciais.

Assim, levando em consideração os requisitos já elencados, bem como o proveito econômico com a demanda, entendo que a quantia deve ser mantida.

Do recurso de apelação interposto pela Campo Grande Comércio e Administração Ltda – BIGSTAR

Sustenta, inicialmente, sua ilegitimidade passiva ou ausência de responsabilidade devido à inexistência de nexo causal com os alegados defeitos apresentados no veículo, tendo em vista ser apenas a oficina mecânica que consertou o veículo, não o tendo comercializado. Defende que somente poderia fazer parte da lide caso os problemas reclamados na inicial decorressem da prestação de serviços mecânicos, sendo incontroverso que os vícios eram decorrentes da fabricação.

Com efeito, a preliminar de ilegitimidade passiva restou afastada em decisão proferida pelo juízo *a quo* (f. 311-322), tendo consignado que as requeridas Big Star e Atallah & Cia Ltda são a mesma pessoa jurídica, vez que, segundo contrato social, Big Star é o nome fantasia de Atallah (f. 158).

Sobre aludida decisão a apelante interpôs agravo retido (f. 328), porém deixou de pedir, por ocasião do recurso de apelação, o conhecimento e julgamento do referido recurso, de forma que não deve ser conhecido.

Logo, a matéria relativa à ilegitimidade passiva da requerida Big Star restou atingida pela preclusão, o que impede sua análise nesta oportunidade.

Ainda que assim não fosse, considerando que a apelante e a vendedora Atallah & Cia Ltda são, na verdade, a mesma pessoa jurídica, devem responder solidariamente pela presente ação, por força, repito, da previsão contida no caput do art. 18 do CDC, o qual dispõe que os fornecedores de produtos de consumo respondem solidariamente pelos vícios de qualidade apresentados.

Portanto, seja em razão da preclusão ou da responsabilidade solidária entre as fornecedoras, a apelante é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação.

A alegação de sucumbência recíproca restou afastada em tópico anterior, quando da análise do recurso interposto pela requerida Districar.

Assim, o presente recurso de apelação deve ser totalmente desprovido.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela requerida Districar Importadora e Distribuidora de Veículos Ltda, com a reforma da sentença para o fim de determinar ao autor a devolução do veículo livre de quaisquer ônus, devendo, inclusive, obter a liberação da restrição decorrente do contrato de leasing junto ao Banco Safra S/A, se houver, bem como fornecer toda a documentação necessária para a transferência do bem para o nome da requerida requerida Atallah e Cia Ltda ou sua sucessora, por ter sido a vendedora do bem. Quanto ao recurso de apelação interposto pela requerida Campo Grande Comércio e Administração Ltda – BIGSTAR, conheço dele parcialmente, porém nego-lhe provimento. Deixo ainda de conhecer do agravo retido interposto pela Big Star em razão da ausência de pedido no recurso de apelação. Fica mantida a sentença nos demais termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do agravo retido, conheceram em parte do recurso de Campo Grande Comércio e Administração Ltda - BIGSTAR e, nesta extensão, negaram-lhe provimento e deram parcial provimento ao apelo de Districar Importadora E Distribuidora De Veículos Ltda, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0000091-36.2012.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – SEGUNDA FASE – PROCEDÊNCIA MANTIDA – EXTRATOS BANCÁRIOS DEMONSTRANDO SAQUES – CONTAS COM SALDO "ZERO" – NEGATIVA DO AUTOR QUANTO ÀS RETIRADAS – AUSÊNCIA DE EXPLICAÇÃO DO BANCO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – CONTAS ANTIGAS - AFASTADA - PROVA PERICIAL – SALDO CREDOR EM FAVOR DO AUTOR – SENTENÇA MANTIDA – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – INOVAÇÃO A LIDE – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Com efeito, o que se discute na presente ação é o fato do saldo existente em contas poupanças do autor ter desaparecido, sem que ele tenha realizado qualquer saque. Assim, os fatos constitutivos do direito autoral consistem na negativa da prática de atos que visem a retirada de valores de suas contas poupança.

Nos termos do art. 373 do NCPC, cabe ao requerido esclarecer e demonstrar de que forma os valores sumiram das contas poupança, se foram através de saques ou cheque, quem realizou e de que forma, o que não ocorreu na hipótese, levando à procedência do pedido inicial. Embora as contas sejam antigas, o autor somente obteve informações sobre seus saldos com a interposição de cautelar de exibição, sentenciada em 2011, de forma que não há que se falar em ausência de boa-fé. Por outro lado, o banco, gestor das contas do autor, a quem este lhe conferiu a guarda de seu dinheiro, deixou de explicar o possível sumiço dos valores depositados, implicando, isso sim, em ausência de boa fé na relação contratual. Soma-se a isso o fato de terem sido afastadas as preliminares de prescrição e decadência do direito do autor na sentença proferida na primeira fase desta ação.

Quanto ao argumento de que, ainda que houvesse saldo a ser restituído à apelada, não haveria como fazer, pois quaisquer valores depositados foram transferidos ao Banco Central em 1997, entende-se que o apelante está inovando em sede recursal, vez que a matéria não foi arguida em primeiro grau, o que não é permitido.

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, 22 de novembro de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo - interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Prestação de Contas que lhe move Edvaldo Beltrão Rocha, na qual foi julgado procedente o pedido para declarar saldo credor de R$ 117.248,22 a favor da parte autora. Sustenta o equívoco da sentença ante à regularidade dos saques realizados, sendo impossível ao apelante demonstrar documentalmente que os saques não foram realizados. Destaca não haver comprovação das ilegalidades sugeridas, ônus que competia à parte autora, sendo que a pretensão de restituição de saques realizados há mais de 18 anos do ajuizamento da ação, sem qualquer impugnação anterior, deve ser entendida como ausência de boa-fé. Destaca a necessidade de redução do valor dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em 15% do valor do débito, por entender excessivos se se considerar a complexidade da causa, tempo de duração do processo e o trabalho desenvolvido pelo advogado. Por fim, aduz que ainda que houvesse saldo a ser restituído à apelada não haveria como fazer, pois eventuais valores depositados foram transferidos ao Banco Central em 1997. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento. O recurso foi recebido em ambos os efeitos e sobre essa decisão as partes nada requereram.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo - interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Prestação de Contas que lhe move Edvaldo Beltrão Rocha objetivando sua reforma.

Trata-se da segunda fase da ação de prestação de contas promovida por titular de conta poupança em desfavor do banco apelante objetivando esclarecimentos acerca da ausência de saldos nas contas, em vista do autor não ter realizado saques.

A primeira fase da ação foi julgada procedente, sendo o apelante condenado a prestar as devidas constas (f. 78-87). Restou determinada a realização de perícia, cuja conclusão foi de que existe saldo em favor do autor/apelado, tendo em vista que o banco não apresentou quaisquer documentos que justificassem os débitos nas referidas contas, limitando-se a transcrever os lançamentos efetivados no período em que as contas estavam ativas.

Com base nisso, a segunda fase desta ação foi julgada procedente, com a declaração de saldo credor de R$ 117.248,22 a favor do requerente, acrescido de juros e correção.

Inconformado, insurge-se o banco requerido, através do presente recurso, com vistas à reforma da sentença, ante à regularidade dos saques realizados, sendo meramente impossível ao apelante demonstrar documentalmente que os saques não foram realizados. Destaca não haver comprovação das ilegalidades sugeridas, ônus que competia à parte autora, sendo que a pretensão de restituição de saques realizados há mais de 18 anos do ajuizamento da ação, sem qualquer impugnação anterior, deve ser entendida como ausência de boa-fé. Destaca a necessidade de redução dos valores dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em 15% do valor do débito, por entender excessivos se se considerar a complexidade da causa, tempo de duração do processo e o trabalho desenvolvido pelo advogado. Por fim, aduz que ainda que houvesse saldo a ser restituído à apelada não haveria como fazer, pois quaisquer valores depositados foram transferidos ao Banco Central em 1997. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Sem razão o apelante.

Com efeito, o que se discute na presente ação é o fato do saldo existente em contas poupanças do autor ter desaparecido, sem que ele tenha realizado qualquer saque. Assim, os fatos constitutivos do direito autoral consistem na negativa da prática de atos que visem a retirada de valores das contas poupança.

Nos termos do art. 373 do NCPC, o ônus da prova compete:

> *"I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

Logo, cabe ao requerido esclarecer e demonstrar de que forma os valores sumiram das contas poupança, se foram através de saques ou cheques, quem realizou e de que forma.

É certo que, conforme consignou o juízo *a quo*, apenas a instituição financeira tem condições de esclarecer tais fatos, sendo certo que é contratada pelo correntista para gerir seu dinheiro, de forma que lhe compete explicitar sobre tudo o que acontece nas contas bancárias.

Diante disso, cai por terra o argumento acerca da regularidade dos saques realizados, bem como que é meramente impossível ao apelante demonstrar documentalmente que os saques não foram realizados.

Noutro ponto, afirma o apelante não haver comprovação das ilegalidades sugeridas, ônus que competia à parte autora, sendo que a pretensão de restituição de saques realizados há mais de 18 anos do ajuizamento da ação, sem qualquer impugnação anterior, deve ser entendida como ausência de boa-fé.

No que tange ao ônus da prova, tal restou esclarecido no tópico anterior desta decisão.

Quanto à pretensão do autor de restituição de saques realizados há mais de 18 anos do ajuizamento desta ação, novamente sem razão o apelante.

Por outro lado, registro que não se trata de pedido de restituição de valores, mas de prestação de contas.

Ademais, consoante se infere dos autos, o autor ajuizou ação cautelar de exibição de documentos, com vistas a obter os extratos de suas contas poupança, cuja sentença foi prolatada em julho de 2011 (f. 24-30).

Obtido tais documentos, verificou o autor a existência de contas com saldo "zero" sem que tenha retirado qualquer valor, até porque aduz que se trata de reserva para sua velhice, o que motivou o ajuizamento da presente prestação de contas, para que o banco, gestor dessas contas, explique tal fato.

Logo, embora as contas sejam antigas, o autor somente obteve informações sobre seus saldos com a cautelar de exibição, de forma que não há que se falar em ausência de boa-fé.

Por outro lado, o banco, gestor das contas do autor, a quem este lhe conferiu a guarda de seu dinheiro, deixou de explicar o possível sumiço dos valores depositados, implicando, isso sim, em ausência de boa fé na relação contratual.

Soma-se a isso o fato de terem restado afastadas as preliminares de prescrição e decadência do direito do autor na sentença proferida na primeira fase desta ação (f. 78-87).

Quanto ao argumento de que, ainda que houvesse saldo a ser restituído à apelada, não haveria como fazer, pois quaisquer valores depositados foram transferidos ao Banco Central em 1997, entendo que o

apelante está inovando em sede recursal, o que não é permitido. A matéria não foi arguida em primeiro grau de jurisdição, sequer decidida pelo juízo singular, de forma que não pode ser conhecida.

Assim, deixo de conhecer desse tópico recursal.

Por fim, levando em consideração a regra contida no art. 85, § 11, do NCPC, majoro a verba honorária de sucumbência para 17% da condenação (R$ 117.248,22), tendo em mente os requisitos do § 2º do mesmo artigo.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso de apelação, restando mantida a sentença em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802995-31.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – QUEDA EM VIA PÚBLICA – FRATURA EXPOSTA – FIAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE SOM – CARNAVAL DE RUA ORGANIZADO PELO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – FIXAÇÃO EQUITATIVA – DANOS MATERIAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – CONDENAÇÃO INDEVIDA – SUCUMBÊNCIA PROPORCIONAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Tratando-se de conduta comissiva da Administração, basta que se prove o dano experimentado e o nexo de causalidade com a atuação estatal, independentemente de culpa. Na hipótese, foi comprovada a ocorrência do nexo causal e do dano moral em relação à conduta do Município negligente com a segurança dos foliões no carnaval de rua, surgindo obrigação de indenizar. Os danos materiais não foram provados, sendo inviável o ressarcimento por danos hipotéticos ou eventuais. Havendo sucumbência recíproca, devem os ônus da sucumbência ser distribuídos proporcionalmente.

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, 8 de novembro de 2016.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Zélia Candelária de Oliveira Victório Padilha interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que promove em face do Município de Corumbá. Sustenta, em síntese, que ajuizou a presente ação almejando ressarcimento ante a negligência do apelado, eis que durante o Carnaval de 2013 sua sandália enganchou em fio de torre de som de propriedade do apelado, que fez com que caísse sobre o próprio braço, fraturando-o. Aduz que após o acidente necessitou de cirurgia, suportando danos materiais no valor de R$ 12.620,74, além de danos morais no valor de R$ 45.000,00. Argumenta que os fatos constitutivos de seu direito restaram comprovados mediante juntada de exames e laudos médicos, além de testemunhas. Afirma ser patente a omissão do Município ao instalar caixas de som ao longo da rua, deixando os fios na calçada, ocasionando infortúnio. Tece considerações sobre a responsabilidade civil do Estado, defendendo estar evidente o ato ilícito, a relação de causalidade, a culpa e o dano. Pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões pelo desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida por Zélia Candelária de Oliveira Victório Padilha em desfavor do Município de Corumbá/MS, ao fundamento de que a atuação do requerido – colocação de fios expostos na via pública – foi causa do acidente que culminou com a fratura do braço da autora, donde decorreriam danos materiais e morais.

O pedido inicial foi julgado improcedente, tendo a autora manejado recurso de apelação nos termos do relatório.

Pois bem.

A responsabilidade civil do Estado é prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe:

> *"Art. 37 (...)*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

Segundo a jurisprudência pacífica e doutrina mais abalizada, a norma transcrita trata da responsabilidade objetiva do Estado por atos que causem danos a terceiros, independentemente de culpa, portanto.

Hely Lopes Meirelles[1] ensina que *"o § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo"*.

Tratando-se de conduta comissiva, portanto, basta que se prove 1) o nexo de causalidade com a atuação estatal e 2) o dano experimentado.

No caso em apreço verifica-se que os informantes ouvidos em juízo (f. 96) são firmes e corroboram as alegações da requerente de que fios foram colocados pela Municipalidade na via pública de forma indevida e não sinalizada, sendo a causa eficaz da lesão sofrida pela apelante, que tropeçou nos mesmos quando se deslocava. De outro tanto, embora o informante, servidor municipal, ouvido pelo juízo, tenha consignado que todos os fios são conduzidos até as caixas de som por via aérea, não soube precisar se poderiam haver outros fios no chão, sendo certo, ademais, que era o próprio responsável pela instalação, o que interfere na fidedignidade de suas respostas.

Não há que se concordar, pois, com a conclusão do juízo *a quo,* de que seria necessária a realização de perícia para demonstração de que a fiação se encontrava em local inadequado, eis que se trata de fato que não depende de conhecimento técnico específico, sendo aferível por qualquer pessoa. Deve-se consignar, de outro lado, que as regras de experiência apontam para conclusão coincidente com a da pretensão da autora, ora recorrente.

1 **Direito administrativo brasileiro.** 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 661

Regras de experiência, segundo Barbosa Moreira[2], são *"definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos pretendem ter validade para novos casos"*.

Ora, não se mostra crível que todas as caixas de som instaladas em carnaval de rua recebam sua fiação diretamente por via aérea, sem que os fios permaneçam, ainda que por pequeno comprimento, junto ao solo.

Logo, mesmo que se trate de responsabilidade objetiva, tenho por demonstrado o ato ilícito e a negligência da requerida na instalação dos equipamentos sonoros, com a criação de risco indevido aos transeuntes, principalmente considerando se tratar de festa popular com grande número de foliões naturalmente desatentos, o que causou a queda da autora e a fratura de seu braço.

Evidente, pois, o nexo causal.

A autora/apelante sustenta ter sofrido danos morais e materiais.

O dano moral suportado pela autora/apelante é irrefutável, eis que a ocorrência de acidente durante as atividades festivas de carnaval, causador de fratura exposta, considerando-se a dor e período de convalescença daí advindos, são fatos que transbordam os meros dissabores próprios da vida em sociedade.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação aos danos materiais. Com efeito, compulsando-se o caderno processual, verifica-se que a autora não provou que tenha despendido qualquer valor com o tratamento médico, não sendo apto a tal mister a simples juntada de prontuários e fichas de internação que não fazem referência aos valores mencionados na inicial (f. 11/37). De outro tanto, os documentos de f. 10 e 30 fazem crer que toda a despesa médica fora custeada pelo FUSEX – Fundo de Saúde do Exército. Assim, não tendo sido demonstrada qualquer despesa realizada em decorrência do acidente, são indevidos os danos materiais pleiteados.

Demonstrado o dano moral e o nexo causal com a conduta do apelado resta inarredável sua obrigação de reparar, impondo-se a responsabilização, nos moldes do art. 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que dispõe:

> *"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 e 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."*.

Passo, portanto, à análise do valor a ser atribuído a título de indenização.

Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não restabelecerá o *status quo ante*, mas certamente aliviará os seus tormentos e sofrimentos ou ao menos trará reconfortante sensação de justiça.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro"*.[3]

2 **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 261, ano 74, p. 13-19, jan/mar 1978.
3 RT 613/184

Dano moral é, pois, o sofrimento que se impõe a alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente e derivado de ato ilícito. A vítima que reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas apenas que se lhe proporcione meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. A dor moral, em consequência, é ressarcível, e sua reparação objetiva coibir os abusos e os desrespeitos praticados contra a pessoa humana.

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de determinada soma às vítimas, quantificada mediante *"arbitruim boni viri"* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na Apelação Cível n.º 113.190 , 2ª C., RT 650/66:

> *"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28) 'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas consequências definitivas ou transitórias do dano emergente".*

Deveras, em geral, as indenizações estão sujeitas aos pressupostos da capacidade econômica do devedor, a condição pessoal da vítima e a extensão dos danos. É curial que a fixação do valor da indenização deve ser feita do modo mais amplo possível, sem, no entanto, servir de fonte para enriquecimento sem causa.

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *"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."*[4] *(destaquei)*

4 ob. cit., p. 60

Dadas as circunstâncias, em sendo certo que o valor a ser arbitrado não pode ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento da vítima e redução à miserabilidade do ofensor, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, uma vez que não há base em qualquer diploma legal que venha a estabelecer os limites e quantitativos para a indenização por dano moral, o *quantum* a ser fixado deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido.

Desta forma, tenho que o valor da indenização pelo dano moral deve ser fixado em R$15.000,00 (quinze mil reais), quantia que entendo adequada e razoável segundo as peculiaridades deste caso, considerando-se que a autora/apelante não sofreu lesões incapacitantes de caráter permanente.

Prosseguindo, tenho que devem ser estabelecidos os critérios de juros e correção monetária, conforme recentes decisões do STF a respeito.

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:

> *"(...) 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:

> *"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:

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).

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*;

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, em relação aos juros de mora e correção monetária deverão ser aplicados os mesmos índices da caderneta de poupança. Esses parâmetros serão aplicados até o dia 25 de março de 2015, quando incidirão juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, §1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E.

Deve-se observar também que em relação aos danos morais os juros de mora incidem a partir do acidente e a correção a contar da data deste julgamento, nos termos das Súmulas 54 e 362 do STJ, por se tratar o dano moral de responsabilidade extracontratual.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora para o fim de reformar a sentença no sentido de julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenar a requerida a reparar os danos morais causados, estes fixados em R$ 15.000,00, acrescidos de juros desde a data do acidente e correção monetária a partir deste julgamento. Ademais, em relação aos juros de mora e correção monetária deverão ser aplicados os mesmos índices da caderneta de poupança. Esses parâmetros serão aplicados até o dia 25 de março de 2015, quando incidirão juros moratórios de 1% ao mês (art. 161,

§1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E, nos termos da fundamentação. Em consequência, diante da sucumbência recíproca, condeno as partes, na proporção de 50% para cada uma, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §3º, I, do NCPC. Fica o pagamento dos ônus sucumbenciais pela autora, entretanto, suspenso, na forma do art. 98, § 3º, do NCPC, por ser beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 08 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0016723-72.2009.8.12.0001 - Miranda
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS – FAZENDA DE ECOTURISMO – INVALIDEZ PERMANENTE DO HÓSPEDE – TETRAPLEGIA – NEGATIVA DE PAGAMENTO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA CONTRATANTE AFASTADA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE APÓLICE VIGENTE – INOCORRÊNCIA – PAGAMENTO DEMONSTRADO – CANCELAMENTO UNILATERAL – IMPOSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA BOA-FÉ CONTRATUAL – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA CONTRATAÇÃO (NO CASO, EVENTO) – RECURSO NÃO PROVIDO

A discussão da relação contratual somente pode ser realizada pela contratante do seguro, não havendo o que se falar em sua ilegitimidade ativa. Precedentes.

A renovação do seguro em questão era mensal, com a peculiaridade da apólice (e correspondente pagamento) ser emitida após o período de vigência, a partir da lista de hóspedes. Tal sistemática, utilizada pela seguradora torna possível que ela saiba da ocorrência de eventual sinistro antes mesmo de emitir a apólice, não podendo se valer de sua própria prática para negar a cobertura quando o evento coberto vem a acontecer.

A alegação de ausência de cobertura na data do sinistro deve ser afastada sob qualquer prisma, seja porque a recorrida comprovou o depósito relativo ao período sinistrado – apesar da recusa da seguradora em emitir a apólice correspondente – seja porque é vedado à seguradora rescindir a relação contratual unilateralmente.

O STJ assentou entendimento no sentido de que o termo inicial da correção monetária dos seguros de vida e/ou acidentes pessoais é a data da celebração do contrato, a fim de refletir o valor contratado atualizado.

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, 25 de outubro de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS, nestes autos de ação de cobrança securitária ajuizada por Fazenda Santa

Inês Pousada e Turismo Rural Ltda, interpõe o presente recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial, para o fim de condená-la ao pagamento da quantia de R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), com as devidas atualizações monetárias.

Inicialmente, requereu a correção do polo passivo para Mapfre Seguros Gerais S/A. Explana que a apelada aduz ser segurada da apelante, possuindo apólice com vigência anual, com vistas à cobertura securitária de eventuais danos que seus clientes pudessem vir a sofrer enquanto hospedados em seus aposentos, sendo que a partir de 22/10/07 a apólice seria de risco decorrido, ou seja, mensalmente seria contratada nova apólice, a partir de listagem de hóspedes encaminhada pela segurada à seguradora.

Aduz que a sentença julgou procedente o pedido, devendo ser reformada. Suscita a ilegitimidade ativa da apelada, tendo em vista que o beneficiário do seguro é o hóspede acidentado. No mérito recursal, aduz que não foi contratado o período compreendido entre 10.05.08 e 10.06.08, tendo o acidente com o menor ocorrido justamente neste período. No mais, defende que a correção monetária deve incidir apenas a partir do ajuizamento da demanda. Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença nos pontos acima destacados.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A contra a sentença de fls. 197-201, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada por Fazenda Santa Inês Pousada e Turismo Rural Ltda.

Inicialmente, defiro o pedido de correção do polo passivo.

Vejamos parte do fundamento da sentença recorrida:

> *"(...) A preliminar de ilegitimidade passiva não prospera, tendo em vista que a autora possui interesse no pagamento da indenização a seu beneficiário, o adolescente Renan Kiomido Luz, inclusive para ver diminuído o valor de eventual condenação nos autos nº 0001525-50.2009.8.12.0015.*
>
> *Outrossim, haverá necessidade da discussão da relação contratual das partes contratantes, ora litigantes, inclusive se havia cobertura no período do sinistro, o que reforça a legitimidade da ora requerente, pois que o beneficiário da indenização, por óbvio, não tem conhecimento das estipulações contratuais firmadas pelas partes, se houve o pagamento do prêmio pela autora ou o período segurado."*
>
> *Portanto, ultrapassada a preliminar, no meritum causae, é de se ter presente que a parte ré reconheceu, na contestação, que o contrato de seguro era firmado apenas posteriormente ao período de cobertura.*
>
> *É evidente que tal situação permite à seguradora ré, ao ter conhecimento prévio da ocorrência de sinistro, opor obstáculos para a formalização ou recusar-se à renovação do seguro para o período, a fim de não pagar a indenização que se mostrará devida.*
>
> *In casu, nota-se que houve sucessivas contratações de seguro pela autora, com renovações mensais e que persistiram inclusive após o evento danoso, causando estranheza que apenas no período em que ocorrido o sinistro, supostamente não tenha havido a renovação pela requerente, a maior interessada nesta contratação.*

Não reconhecer o direito da autora à renovação do contrato de seguro apenas para o período do sinistro, principalmente no caso concreto, em que a renovação e pagamento do prêmio eram efetuados apenas posteriormente ao período de cobertura, implica conferir à seguradora o direito potestativo de renovar a contratação, para determinado período, conforme a situação se lhe apresente ou não favorável.

Em outras palavras, é autorizar a recusa unilateral pela seguradora da renovação do contrato, apenas para determinado período, situação que guarda muita semelhança, mutatis mutandis, com a rescisão unilateral pela seguradora, a qual não **é** *admitida pela remansosa jurisprudência.*

Outrossim, reputo que a autora teve êxito em demonstrar o depósito do prêmio relativo ao período de cobertura de 10.05.2008 a 10.06.2008, apesar da recusa injustificada ou dos obstáculos impostos pela seguradora para renovação do contrato para este período.

In casu, a parte ré argumenta que o depósito efetuado em 12.06.2008 (f. 70) refere-se ao prêmio do período de cobertura de 10.04.2008 a 10.05.2008, e quanto a tal fato não há controvérsia, conforme se extrai da réplica à contestação.

No entanto, não houve impugnação do réu ao depósito efetuado pela requerente em 15.07.2008 (f. 123), o que torna incontroverso que se refere ao período de cobertura de 10.05.2008 a 10.06.2008, quando ocorrido o sinistro que vitimou a Renan Kiomido Luz, principalmente quando está demonstrado que o pagamento do prêmio do período de cobertura de 10.06.2008 a 10.07.2008 ocorreu em 28.07.2008, conforme, aliás, recibo de f. 61 e apólice de f. 59.

Em tal situação, tendo o réu efetuado o pagamento do prêmio para o período do sinistro, conforme se observa de f. 71, depósito este não impugnado pela parte ré em contestação, nem por esta recusado, na seara administrativa, injustificada se mostra sua recusa de efetuar o pagamento da indenização contratada.

Portanto, por qualquer prisma que se analise a matéria é caso de procedência da pretensão inicial, por não ser dado ***à*** *seguradora recusar unilateralmente a renovação apenas para determinado período de sucessivas contratações, principalmente quando tal renovação e o pagamento do prêmio são posterior ao período de cobertura e por ter a autora demonstrado o pagamento do prêmio, apesar da recusa ou obstáculos injustificados impostos pela seguradora, para o período controvertido.*

Posto isso, julgo procedente a pretensão inicial para condenar a parte ré ao pagamento de indenização, no valor de R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), na forma ajustada no contrato de seguro, atualizada a partir do evento danoso, isto é, a partir do acidente que vitimou a Renan Kiomido Luz, e acrescida dos juros calculados na forma do art. 406, do Código Civil[1]*, a partir da citação na presente ação. (...)"*

A seguradora recorrente alega, em síntese, ilegitimidade ativa, ausência de apólice vigente na data do sinistro e, eventualmente, que a correção monetária deve incidir a partir do ajuizamento da demanda.

Passo a apreciar os referidos pontos.

Da ilegitimidade ativa

A ilegitimidade da recorrida deve ser afastada, pois como bem se posicionou o magistrado singular, a discussão dos autos se remete à relação contratual, a qual somente pode ser discutida pela contratante do seguro, senão vejamos:

1 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.

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECURSO DOS AUTORES - PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA - SOMENTE A CONTRATANTE POSSUI LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - MÉRITO - NEGATIVA DE PAGAMENTO - RECUSA QUE NÃO PROVOCA O DANO MORAL INDENIZÁVEL - RECURSO IMPROVIDO. A proprietária e o condutor do veículo furtado, no caso, não possuem legitimidade ativa para requerer o pagamento da indenização, quando não foram eles que firmaram o contrato de seguro.Somente a contratante, que* ***é*** *a* ***única*** *segurada e beneficiária, poderá discutir as cláusulas contratuais. Não há danos morais quando a negativa do pagamento da indenização material em razão do furto do veículo traz como discussão a interpretação de cláusula contratual da apólice do seguro, salvo manifesto abuso da seguradora, o que inocorreu no caso concreto. (...)" (*Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/01/2013; Data de registro: 06/02/2013; Outros números: 1100569731)

Portanto, sem a necessidade de maiores delongas, mantenho a sentença na parte que afastou a referida preliminar.

Do mérito da demanda

De igual forma não merece reparos a sentença de primeiro grau no que se refere ao reconhecimento da vigência da apólice para o período sinistrado.

Afere-se nos autos que em 07.06.2008 o adolescente Renan Kiomido Luz, durante visita a Fazenda recorrida, promovida pela Escola Estadual que frequentava, sofreu acidente e tornou-se tetraplégico, em estado de invalidez permanente, cujo evento é coberto pelo seguro em discussão.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que a recorrida demonstrou que contratou o referido seguro de acidentes pessoais para seus hóspedes em 2006, com vigência anual, sendo que a partir de 22.10.2007 a renovação do mesmo passou a ser mensal, com a peculiaridade da apólice (e correspondente pagamento) ser emitida após o período de vigência, a partir da lista de hóspedes.

Tal sistemática utilizada pela seguradora torna possível que ela saiba da ocorrência de eventual sinistro antes mesmo de emitir a apólice, não podendo se valer de sua própria prática para negar a cobertura quando o evento coberto vem a acontecer.

A recorrida demonstrou que a renovação do referido seguro foi realizada mensalmente, inclusive após o sinistro em questão. Por outro lado, a recorrente se negou a emitir a apólice somente no que se refere ao período sinistrado, sendo antes disso recebeu a comunicação de sinistro.

Salta aos olhos a necessidade de interferência do Judiciário no caso em questão, a fim de assegurar o equilíbrio e a boa-fé contratual, tendo em vista a recusa injusta e ilegal da seguradora em cumprir sua obrigação contratual de indenizar o evento que deixou inválido permanentemente o menor Renan Kiomido Luz.

Como bem salientou o juízo de primeiro grau, a alegação de ausência de cobertura na data de 07.06.2008 deve ser afastada sob qualquer prisma, seja porque a recorrida comprovou o depósito relativo ao período de 10.05.2008 a 10.06.2008 (fls. 123) – apesar da recusa da seguradora em emitir a apólice correspondente –, seja porque é vedado à seguradora rescindir a relação contratual unilateralmente, *verbis*:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE ADESÃO - CONSÓRCIO DE VEÍCULO - CONSORCIADO FALECIDO - PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E INADEQUAÇÃO DO PEDIDO - PRECLUSÃO - PRELIMINAR DE*

ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS - AFASTADA - ENTREGA DO VEÍCULO DESCRITO NA INICIAL OU O PAGAMENTO DE SEU EQUIVALENTE EM DINHEIRO - CONDENAÇÃO DO RÉU - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DO CONSORCIADO - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO QUANTO A POSSIBILIDADE DE RESCISÃO - ART 51, IV, DO CDC - ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUE PREVÊ A DESISTÊNCIA UNILATERAL - ART. 333, II, DO CPC - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO No tocante às preliminares suscitadas de prescrição e inadequação do pedido, deve ser salientado que tais questões foram objeto de análise na decisão de fls.85-86, as quais foram desacolhidas, tendo o réu se manifestado em favor do julgamento antecipado da lide às fls.90, restando configurada a preclusão consumativa quanto às referidas matérias. Tendo o consorciado falecido no decorrer no contrato, os seus sucessores estão legitimados para pleitear, em nome próprio, a devida reparação pela situação a que foi exposto o de cujus a fim de preservar seus direitos. O cancelamento da apólice de seguro, unilateralmente, sem a prévia notificação do segurado, contraria o princípio da boa-fé e da confiança estatuídos como norma geral pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. As alegações trazidas pelo apelante quanto a impossibilidade de restituição aos autores, em decorrência do alegado inadimplemento do consorciado, o que aduz, ter demonstrado a desistência tácita de sua cota do contrato, não merecem amparo, tendo em vista que estas não foram comprovadas, e ainda, ante a nulidade das cláusulas que autorizam o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente. Sendo assim, verifica-se incabível a pretensão da parte ora apelante, pois não provou os fatos modificativos ou extintivos do direito dos autores, conforme determina o Art.333, inciso II, do CPC. (...)" (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/12/2014; Data de registro: 22/12/2014)

Importante salientar de apesar da cobertura do seguro em questão ter passado a ser mensal, a recorrida o possuía desde 2006 de forma ininterrupta, aplicando-se ao presente caso a solução jurídica acima colacionada.

Com efeito, a sentença também deve ser mantida neste ponto.

Da correção monetária

Quanto ao termo inicial da correção monetária nos contratos de seguro de vida e/ou acidentes pessoais, a questão é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o termo inicial é a data da celebração do contrato, a fim de refletir o valor contratado atualizado. Senão vejamos:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (1) RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. (2) SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE REFORMA DO JULGADO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 5 E 7 DESTA CORTE. (3) CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A CONTRATAÇÃO DO SEGURO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83 DO STJ.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo fático e probatório dos autos, reconheceram que a segurada fazia jus ao recebimento da indenização securitária, tendo em vista que a autora, por mais de quarenta anos, efetuou o pagamento mensal da

quantia de R$ 108,93, como contraprestação do seguro pactuado, fazendo jus à indenização de R$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), abatidos, apenas, os valores já pagos pela demandada.

3. Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

4. Eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts.1.021, § 4º e 1.026, § 2º) e honorários recursais (art. 85, § 11).

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 614.462/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. SEGURO DE VIDA.CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. Os princípios da fungibilidade recursal e da economia processual autorizam o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental. 2. Nas indenizações securitárias, a correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro. 3. Agravo regimental não provido." (EDcl no REsp 1328730/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO AO RESSARCIMENTO DO MONTANTE DA RESERVA TÉCNICA JÁ FORMADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. 1. Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes. Precedentes. 2. Os juros de mora devem fluir a partir da citação, nos termos do artigo 406, após a entrada em vigor do novo Código Civil (11.1.2003). 3. Embargos de declaração acolhidos, para sanar a omissão." (EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1320229/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 28/10/2015)*"*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO. 1. COBERTURA DA APÓLICE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA E REEXAME DE PROVA. 2. LAUDO PERICIAL DEMONSTRANDO A INCAPACIDADE COMPLETA PARA TRABALHOS BRAÇAIS. FUNDAMENTO NÃO REBATIDO NAS RAZÕES DO ESPECIAL E SUFICIENTE PARA MANTER A CONCLUSÃO ALCANÇADA NA ORIGEM. SÚMULA N. 283/STJ. 3.CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 83/STJ. 4. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A conclusão acerca da comprovação da invalidez permanente indenizável pela apólice de seguro contratada baseou-se na interpretação das cláusulas contratuais, à luz do Código de Defesa do Consumidor, bem assim na apreciação do contexto fático-probatório dos autos - laudo pericial atestando a incapacidade total para trabalhos braçais - justificativas que não podem ser revistas em recurso especial diante dos óbices das Súmulas 5 e 7 desta Casa. 2. As instâncias de origem motivaram a concessão do benefício no teor do laudo pericial juntado aos autos, que concluiu pela completa incapacidade laborativa do recorrido para trabalhos braçais. Esse fundamento, contudo, não foi rebatido nas razões recursais, sendo caso de aplicação do enunciado n. 283 da Súmula do Supremo Tribunal.Precedentes. 3. No tocante às indenizações securitárias, esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes.4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 752.514/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 26/10/2015)

Destarte, a correção monetária deve incindir a partir da data da celebração do contrato, que no caso telado praticamente coincide com o evento danoso – em razão da vigência mensal da apólice –, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença também neste ponto.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 25 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802358-87.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CURSO TÉCNICO OFERECIDO PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – TÉCNICO EM AGRONEGÓCIO – NEGATIVA DE REGISTRO DO CERTIFICADO PELO ÓRGÃO DE CLASSE (CREA) – POSTERIOR REGISTRO SOB TÍTULO DIVERSO (TÉCNICO EM COOPERATIVISMO) – CAUSA DE PEDIR QUE REMANESCE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS PROCESSUAIS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO DA QUAL É PARTE INTEGRANTE – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 421, DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É cediço que nas condutas estatais omissivas a responsabilidade civil é subjetiva, devendo existir comprovação do ato omissivo ilícito, do dano, bem como do nexo de causalidade entre eles, como no presente caso, em que o edital do curso técnico em questão o Estado não informou os interessados que o mesmo não possuía registro junto ao órgão de classe, bem como se omitiu em tomar as providências para obter o registro de "Técnico em Agronegócio", que foi a habilitação oferecida.

A fixação do *quantum* do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo ser fixado de maneira equitativa, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento ilícito por parte da vítima, critérios que foram bem observados no caso concreto.

Nos termos do art. 21, *caput*, do CPC/73 (aplicável ao caso), se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Nos termos da Súmula 421, do STJ, "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença."

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 relator.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

O Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada por Aline Fernanda Medina**,** apela a este Tribunal. Também houve remessa necessária.

Afirma, em síntese, que não existe mais óbice ao registro do certificado do curso realizado pela apelada junto ao CREA, razão pela qual entende que houve o esvaziamento da causa de pedir apontada na inicial.

Assevera que não há que se falar em conduta omissiva do recorrente na elaboração do edital e na promoção de esforços para o registro do curso técnico de agronegócio junto ao CREA, uma vez que o deferimento do curso por meio da decisão plenária n. 345/2013 do CREA/MS ocorreu justamente em razão de recurso interposto pela própria Secretaria de Estado de Educação.

Assinala que a atuação do técnico em agronegócios independe de registro junto ao CREA, posto que não há lei que exija o registro do referido curso junto a qualquer órgão de classe, bem como que a apelada não fez prova do impedimento de sua atuação profissional em decorrência da alegada ausência de registro do curso, não havendo que se falar em dano moral.

Aduz que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença, conforme estabelece a Súm. 421, do STJ.

Expõe, ainda, que a apelada decaiu de parte dos pedidos iniciais, razão pela qual os ônus de sucumbência devem ser aplicados nos termos do art. 21, do CPC/1973, bem como que o apelante é isento do pagamento das custas processuais.

Por fim, argumenta que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais se mostra excessivo.

Contrarrazões às f. 331-341.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença proferida nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada por Aline Fernanda Medina**,** apela a este Tribunal. Também houve remessa necessária.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

> *"(...)*
>
> *Posto isso, nos autos da presente ação indenizatória ajuizada por Aline Fernanda Medina em face do Estado de Mato Grosso do Sul:*
>
> *a) Julgo procedente o pedido de indenização por danos morais para o fim de condenar o requerido ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pelo IPCA a partir da data desta sentença, e juros de mora a contar da data da citação utilizando-se o índice oficial de remuneração aplicado à caderneta de poupança.*

b) Julgo improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

Atento ao princípio da sucumbência, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, o que faço com base no art. 20, § 4º do CPC, tendo em vista o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sem custas, ante a isenção legal.

Declaro extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Oportunamente, arquive-se."

Inicialmente importa 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, são as regras desse *codex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Segundo ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o procedimento do recurso deverá ser regido pela 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 03/11/2015, quando ainda vigente o CPC/73, resta evidente a inaplicabilidade das regras do novo CPC ao presente caso.

Feita essa consideração, passo à análise do recurso de apelação.

Em que pesem as argumentações do apelante, não se vislumbra nenhum vício na sentença recorrida.

Conforme se vislumbra dos autos, o Estado apelante ofereceu um Curso Técnico em Agronegócios, através da Escola Estadual Prof.ª Nair Palácio de Souza, todavia deixou de informar aos alunos que o mesmo não tinha registro perante o CREA/MS – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, bem como não realizou o cadastramento da instituição de ensino perante o citado órgão, o que obstou a expedição do registro profissional dos alunos.

Mesmo que após o ajuizamento da demanda o CREA tenha aceitado o registro do Certificado da recorrente, tal fato não tem o condão de afastar a causa de pedir, em razão de que o referido registro foi de "Técnica em Cooperativismo" e não "Técnica em Agronegócio", o que, conforme documentos de fls. 290-291, significa a limitação da área de atuação da recorrente, tendo em vista que das atribuições elencadas no art. 6º do Decreto Federal n.º 90.922/85, está credenciada para exercer somente as atividades em destaque, *in verbis:*

> *"Art 6º As atribuições dos técnicos agrícolas de 2º grau em suas diversas modalidades, para efeito do exercício profissional e da sua fiscalização, respeitados os limites de sua formação, consistem em:*

I - desempenhar cargos, funções ou empregos em atividades estatais, paraestatais e privadas;

II - atuar em atividades de extensão, assistência técnica, associativismo, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica;

III - ministrar disciplinas técnicas de sua especialidade, constantes dos currículos do ensino de 1º e 2º graus, desde que possua formação especifica, incluída a pedagógica, para o exercício do magistério, nesses dois níveis de ensino;

IV - responsabilizar-se pela elaboração de projetos e assistência técnica nas áreas de:

a) crédito rural e agroindustrial para efeitos de investimento e custeio;

b) topografia na área rural; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm - art6

c) impacto ambiental; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm - art6

d) paisagismo, jardinagem e horticultura; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm - art6

e) construção de benfeitorias rurais;

f) drenagem e irrigação;

V - elaborar orçamentos, laudos, pareceres, relatórios e projetos, inclusive de incorporação de novas tecnologias;

VI - prestar assistência técnica e assessoria no estudo e desenvolvimento de projetos e pesquisas tecnológicas, ou nos trabalhos de vistoria, perícia, arbitramento e consultoria, exercendo, dentre outras, as seguintes tarefas:

a) coleta de dados de natureza técnica;

b) desenho de detalhes de construções rurais;

d) detalhamento de programas de trabalho, observando normas técnicas e de segurança no meio rural;

e) manejo e regulagem de máquinas e implementos agrícolas;

f) execução e fiscalização dos procedimentos relativos ao preparo do solo até à colheita, armazenamento, comercialização e industrialização dos produtos agropecuários; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm - art6

g) administração de propriedades rurais;

VII - conduzir, executar e fiscalizar obra e serviço técnico, compatíveis com a respectiva formação profissional;

VIII - responsabilizar-se pelo planejamento, organização, monitoramento e emissão dos respectivos laudos nas atividades de:

a) exploração e manejo do solo, matas e florestas de acordo com suas características;

b) alternativas de otimização dos fatores climáticos e seus efeitos no crescimento e desenvolvimento das plantas e dos animais;

c) propagação em cultivos abertos ou protegidos, em viveiros e em casas de vegetação;

e) programas de nutrição e manejo alimentar em projetos zootécnicos;

f) produção de mudas (viveiros) e sementes;

IX - executar trabalhos de mensuração e controle de qualidade;

X - dar assistência técnica na compra, venda e utilização de equipamentos e materiais especializados, assessorando, padronizando, mensurando e orçando;

XI - emitir laudos e documentos de classificação e exercer a fiscalização de produtos de origem vegetal, animal e agroindustrial;

XII - prestar assistência técnica na aplicação, comercialização, no manejo e regulagem de máquinas, implementos, equipamentos agrícolas e produtos especializados, bem como na recomendação, interpretação de análise de solos e aplicação de fertilizantes e corretivos;

XIII - administrar propriedades rurais em nível gerencial;

XIV - prestar assistência técnica na multiplicação de sementes e mudas, comuns e melhoradas;

XV - treinar e conduzir equipes de instalação, montagem e operação, reparo ou manutenção; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm - art6

XVI - treinar e conduzir equipes de execução de serviços e obras de sua modalidade;

XVII - analisar as características econômicas, sociais e ambientais, identificando as atividades peculiares da área a serem implementadas;

§ 1º Os técnicos em Agropecuária poderão, para efeito de financiamento de investimento e custeio pelo sistema de crédito rural ou industrial e no âmbito restrito de suas respectivas habilitações, elaborar projetos de valor não superior a 1.500 mvr.

§ 2º Os técnicos Agrícolas do setor agroindustrial poderão responsabilizar-se pela elaboração de projetos de detalhes e pela condução de equipe na execução direta de projetos agroindustriais.

XVIII - identificar os processos simbióticos, de absorção, de translocação e os efeitos alelopáticos entre solo e planta, planejando ações referentes aos tratos das culturas;

XIX - selecionar e aplicar métodos de erradicação e controle de vetores e pragas, doenças e plantas daninhas, responsabilizando-se pela emissão de receitas de produtos agrotóxicos; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XX - planejar e acompanhar a colheita e a pós-colheita, responsabilizando-se pelo armazenamento, a conservação, a comercialização e a industrialização dos produtos agropecuários; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXI - responsabilizar-se pelos procedimentos de desmembramento, parcelamento e incorporação de imóveis rurais; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXII - aplicar métodos e programas de reprodução animal e de melhoramento genético; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXIII - elaborar, aplicar e monitorar programas profiláticos, higiênicos e sanitários na produção animal, vegetal e agroindustrial; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXIV - responsabilizar-se pelas empresas especializadas que exercem atividades de dedetização, desratização e no controle de vetores e pragas; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXV - implantar e gerenciar sistemas de controle de qualidade na produção agropecuária;

XXVI - identificar e aplicar técnicas mercadológicas para distribuição e comercialização de produtos; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXVII - projetar e aplicar inovações nos processos de montagem, monitoramento e gestão de empreendimentos;

XXVIII - realizar medição, demarcação de levantamentos topográficos, bem como projetar, conduzir e dirigir trabalhos topográficos e funcionar como perito em vistorias e arbitramento em atividades agrícolas;

XXIX - emitir laudos e documentos de classificação e exercer a fiscalização de produtos de origem vegetal, animal e agroindustrial;

XXX - responsabilizar-se pela implantação de pomares, acompanhando seu desenvolvimento até a fase produtiva, emitindo os respectivos certificados de origem e qualidade de produtos; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

XXXI - desempenhar outras atividades compatíveis com a sua formação profissional.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso IV, fica estabelecido o valor máximo de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais) por projeto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4560.htm

§ 2º As atribuições estabelecidas no caput não obstam o livre exercício das atividades correspondentes nem constituem reserva de mercado."

Como se vislumbra, o CREA/MS aceitou realizar o registro do certificado do curso técnico, porém ao fazê-lo como Técnico em Cooperativismo, reduziu a capacitação da recorrente a apenas dois incisos dos trinta e um incisos contidos no art. 6º do Decreto Federal n.º 90.922/85, que regulamenta exercício da profissão de técnico agrícola.

Assim, por se tratar de indenização por danos materiais e morais, resta evidenciado que a causa de pedir remanesce mesmo após o registro do Certificado, por ter sido realizado com título diverso do curso frequentado e que ensejou a limitação demonstrada.

Ultrapassada a questão, importante constatar que se trata de conduta omissiva do Estado, que no edital do Curso técnico em questão não informou os interessados que o curso oferecido não possuía registro junto ao órgão de classe, bem como se omitiu em tomar as providências para obter tal registro de "Técnico em Agronegócio", que foi a habilitação oferecida (fls. 17 e 49).

É cediço que nas condutas estatais omissivas a responsabilidade civil é subjetiva, devendo existir comprovação do ato omissivo ilícito, do dano, bem como do nexo de causalidade entre eles, senão vejamos o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[1]:

> *"Responsabilidade subjetiva* ***é*** *a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto. (...) Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de 'culpa presumida'. "*

Nesse sentido:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – MATÉRIA POSTA A APRECIAÇÃO DEVIDAMENTE ANALISADA - PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA EM VIA PÚBLICA – CONDUTA OMISSIVA DO MUNICÍPIO DEMONSTRADA – PROVA DO DANO, DA OMISSÃO, DO NEXO DE CAUSALIDADE E DO COMPORTAMENTO ILÍCITO DO PODER PÚBLICO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...) Em caso de conduta omissiva a responsabilidade civil do Estado* ***é*** *subjetiva, devendo haver prova do dano, da omissão administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. (...)"* (Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 18/11/2015; Data de registro: 18/11/2015; Outros números: 80502694201481200175000O)

Assim, tem-se que a conduta estatal omissiva restou comprovada, conforme acima delineado, devendo, portanto ser mantida a condenação do Estado requerido, ora apelante, ao pagamento pelos danos morais causados autora/apelada, decorrente do abalo suportado ao deixar de obter o registro de sua formação em "Técnica Agropecuária" no respectivo órgão de classe, da forma almejada durante todo o curso que frequentou por um ano e meio.

No tocante a fixação do *quantum* da indenização por danos morais, que, ressalte-se, deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, deve levar em consideração o dano causado à vítima, a conduta do réu e a situação econômica das partes e também a gravidade da ofensa, de modo que não deve ser excessivo, a fim de evitar um enriquecimento ilícito da vítima, nem colocar o réu em situação de insolvência, tampouco deve ser tão ínfimo, sob pena de não surtir nenhum efeito educativo e/ou punitivo, o que poderia até mesmo estimular a reincidência. Ou seja, deve ser homenageado tanto o caráter sancionatório da indenização, quanto o caráter reparatório.

Assim, a quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

1 **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 885 e 898.

Confira-se os precedentes deste Tribunal em casos análogos:

> *"EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA AUTORA - INTEMPESTIVIDADE - RECURSO DO ESTADO - 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 - CADASTRAMENTO POSTERIOR COM NOMENCLATURA DIVERSA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO DA AUTORA NÃO CONHECIDO E APELO DO ESTADO IMPROVIDO. Não se conhece de recurso de apelação interposto muito depois do prazo legal de 15 dias. Estando patente os danos morais sofridos pela parte autora, ficando demonstrados os transtornos e frustrações sofridos, pois, empreendeu esforços e tempo para a conclusão do curso técnico, mas foi impedido 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, bem como 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."* (Apelação n.º 0801596-03.2015.8.12.0017 - Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 27/07/2016; Data de registro: 28/07/2016)

> *"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. I. 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. II. 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. III. 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. IV. 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 (...)"* (Apelação n.º 0802255-80.2013.8.12.0017 - Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/06/2016; Data de registro: 24/06/2016)

"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 – IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE – CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – VERBA SUCUMBENCIAL READEQUADA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA VERIFICADA – CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – DESCABIMENTO – CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I. Em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, revela-se necessário que a parte autora tenha demonstrado: a) o dano, b) a culpa do réu, e c) o nexo de causalidade entre a falta do seu serviço e o evento danoso, pressupostos da responsabilidade subjetiva. II. Comprovado o liame da conduta desidiosa e negligente do Poder Público que incutiu no apelado a legítima expectativa de exercer de forma regular sua profissão, devidamente registrada junto ao respectivo Conselho e o consequente dano sofrido pela vítima que, na absoluta boa-fé, envidou esforços e tempo participando do curso de técnico em agronegócio, sem obter o registro junto ao órgão de classe, impõe-se reconhecer como configurado o dano moral. III. Merece ser mantido o quantum indenizatório que fixado em valor que atenda aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e satisfaça à sua dupla finalidade, qual seja, confortar a vítima pelo dano e punir seu causador. IV. Considerando a sucumbência recíproca, é imperioso redimensionar a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais. Outrossim, vencido o Estado, não tem a Defensoria Pública direito à verba honorária sucumbencial, uma vez que é órgão do próprio Estado, desprovida de personalidade jurídica própria, que presta função jurisdicional essencial ao ..." (Apelação n.º 0801611-69.2015.8.12.0017 - Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/05/2016; Data de registro: 01/06/2016)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – OMISSÃO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CURSO TÉCNICO DE AGRONEGÓCIO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO NO EDITAL DE QUE O CURSO NÃO ERA PASSÍVEL DE REGISTRO PERANTE O CREA – DANOS MORAIS – QUANTUM – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA PELOS ÍNDICES DA POUPANÇA – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E NAS PARCELAS VENCIDAS APÓS 25/03/2015 – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – CONFUSÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A responsabilidade do Estado, em seu viés omissivo, é subjetiva, devendo ser apurada mediante verificação de culpa, em conjunto com os demais elementos da responsabilidade civil. Comprovada a omissão do Estado, que deixou de informar aos participantes do curso técnico em agronegócio que referido curso não era passível de registro perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, tendo ainda deixado de encaminhar ao órgão todos os documentos necessários para tal fim, deve àquele indenizar os danos sofridos pela parte autora, em decorrência da sua omissão. No que tange aos danos morais, a apuração do quantum da indenização deve ser analisada com acuidade, porquanto a lei não traça parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre as verbas condenatórias impostas à fazenda pública deve incidir até o dia 25 de março de 2015 atualização monetária pela taxa referencial e

> *juros de mora nos moldes da caderneta de poupança; após 25 de março de 2015 deve incidir atualização monetária pelo IPCA - Índice de Preço do Consumidor Amplo e juros moratórios da poupança."* (Apelação nº 0802249-73.2013.8.12.0017 – Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 29/02/2016)

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes, bem como os prejuízos suportados pelo apelante, entendo que a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra adequada, razão pela qual mantenho os termos da sentença vergastada.

Dos ônus de sucumbência

Verifica-se que a pretensão inicial da apelada consistiu na condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, tendo a sentença recorrida acolhido tão somente o pedido de indenização por danos morais.

Portanto, diante da sucumbência recíproca das partes, deve ser aplicado o disposto no art. 21, do CPC/73 (aplicável ao caso), que estabelece:

> *"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."*

Posto isso, neste ponto merece reforma a sentença recorrida, para o fim de que os ônus sucumbenciais sejam suportados por ambas as partes, na proporção de 50% para cada um. Nos termos do art. 12, da Lei 1060/50, fica suspensa a exigibilidade do pagamento pela parte autora/apelada, haja vista ser beneficiária da justiça gratuita.

Da verba honorária em favor da Defensoria Pública

No caso em análise, verifica-se que a parte autora/apelada foi patrocinada pela Defensoria Pública Estadual.

Embora a Emenda Constitucional n. 45 tenha concedido autonomia funcional à Defensoria Pública, sua condição de órgão integrante do Poder Executivo Estadual não foi alterada.

Assim, quando a parte sucumbente for o Estado, não é cabível condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, face ao instituto da confusão, previsto no art. 381 do Código Civil, que estabelece que quando a mesma pessoa for concomitantemente credor e devedor, extingue-se a obrigação.

Outrossim, a Súmula 421, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que:

> *"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença."*

Portanto, tendo em vista que no caso em tela a parte autora/apelada foi patrocinada pela Defensoria Pública Estadual, tem-se que não é devida a condenação do Estado/apelante ao pagamento da verba honorária sucumbencial.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO COMINATÓRIA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL – DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO DISPONÍVEIS NO SUS – AFASTADA*

- DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA – ACOLHIDO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1) Em sendo comprovada a necessidade de tratamento e a eficácia do medicamento para o tratamento da doença, o fornecimento do fármaco e ou procedimento pela rede pública de saúde, pelo SUS, é medida que se impõe, vez que tal responsabilidade é atribuída ao Poder Público, por expresso comando constitucional. 2) Nos moldes da Súmula 421, do E. Superior Tribunal de Justiça, está vedado o arbitramento de honorários advocatícios à Defensoria Pública quando esta atuar contra o ente público ao qual pertença. 3) Recursos obrigatório e voluntário parcialmente providos." (Relator(a): Des. Nélio Stábile; Comarca: Camapuã; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 08/11/2016)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PROL DA DEFENSORIA PÚBLICA – SÚMULA 421 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."* (Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Cassilândia; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/05/2016; Data de registro: 03/05/2016)

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento, para o fim de condenar a autora/apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, no percentual de 50% (cinquenta por cento), ficando suspensa a exigibilidade do pagamento nos termos do art. 12, da Lei 1060/50 e afastar a condenação do Estado/apelante ao pagamento dos honorários de sucumbência em favor da Defensoria Pública.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800141-18.2015.8.12.0012 - Ivinhema
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA DE MENOR ESTRANGEIRO EM REDE PÚBLICA DE ENSINO – AUSÊNCIA DO VISTO DE ESTRANGEIRO – MERA IRREGULARIDADE – RESIDÊNCIA NO BRASIL – DIREITO À EDUCAÇÃO – GARANTIA CONSTITUCIONAL – DEVER DO ESTADO – RECURSO E REEXAME NÃO PROVIDOS.

"A legislação pertinente ao estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas sim fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição e seus fins, em análise conjunta com outros dispositivos e sempre à luz do princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive." (Apelação/Reexame Necessário - Nº 0005521-73.2011.8.12.0019 - Ponta Porã - 1ª Câmara Cível – Des. Joenildo de Sousa Chaves - j. em 31 de outubro de 2012).

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, com o parecer.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida nos autos do mandado de segurança, movida por Denis Rodrigues Cabrera repres. p/ mãe Cynthia Beatriz Cabrera Torres, apela a este Tribunal.

Aduz, em síntese, que o ato de negativa da matrícula não foi abusivo, ilegal ou inconstitucional, porquanto a imposição legal de restrições aos estrangeiros em situação irregular residentes no Brasil, está amparada na Constituição e no Estatuto do estrangeiro.

Aduz que somente se poderia aventar da inaplicabilidade dos limites ditados por lei infraconstitucional se fosse lei revogada ou declarada inconstitucional, o que não restou fundamentado na sentença recorrida.

Afirma que o protocolo MERCOSUL/CMC/DEC nº 06/06, item "b", estabelece a exigência de documentação para os estrangeiros.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso.

O magistrado sentenciante submete a sentença ao reexame necessário, nos termos do artigo 475, *caput*, do Código de Processo Civil/73.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Tratam-se de apelação cível e reexame necessário interpostos pelo Juízo de primeiro grau e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de fls. 84/87, que no mandado de segurança, impetrado por Denis Rodrigues Cabrera, menor, representado por sua genitora, Cynthia Beatriz Cabrera Torres, concedeu a segurança em definitivo.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo a analisar a sentença objeto deste recurso, que nos tópicos devolvidos restou assim exarada:

> *"Posto isso, e com apoio no parecer ministerial, concedo, em definitivo, o 'Writ' buscado por Denis Rodrigues Cabrera, qualificado nos autos, pelo que confirmada fica a medida liminar deferida in initio litis.*
>
> *Sem custas e honorários (Súmulas: 105.STJ - Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios e 512.STF - Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança).*
>
> *Comunique-se à autoridade coatora.*
>
> *Submeto a presente à apreciação do Tribunal de Justiça deste Estado (artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/09). Não havendo recurso, remetam-se".*

De início, ressalto que tendo sido a sentença prolatada e o recurso interposto ainda sob à vigência do CPC/73, com base nele será examinado o apelo.

Passo à análise conjunta da apelação cível e do reexame necessário.

Compulsando os autos, verifica-se que Denis Rodrigues Cabrera, nasceu em 18 de agosto de 2008, na cidade de Bella Vista Norte-Amambay – Paraguai (fl.12). Contudo, o menor e sua genitora são residentes e domiciliados na Comarca de Ivinhema-MS, consoante comprovado pela fatura de água acostada à fl. 13.

Desse modo, são titulares dos direitos e garantias individuais previstos na CF/88, consoante se infere do art. 5º, *caput*: *"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:"*

Do art. 6º da CF/88, o direito social à educação: *"Art. 6º 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." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).*

Do art. 205, que estabelece*: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*

Já o art. 227 dispõe: *"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."*

E o art. 208, e seu § 1º *"o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; sendo direito público subjetivo da pessoa o acesso à educação",* de modo que não é possível haver ato normativo inferior, que reduza ou condicione àquela garantia constitucional, ou, ainda, que discrimine os destinatários da norma.

Outrossim, o Estatuto do Estrangeiro estabelece: *"Art. 95. O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis",* bem como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), e o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve nos artigos 4º e 54:

> *"Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*
>
> *(Destaquei)*
>
> *"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;*
>
> *II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;*
>
> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;*
>
> *IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;*
>
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
>
> *VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;*
>
> *VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*
>
> *§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*
>
> *§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.*
>
> *§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.»*

E a Lei n.º 9.394/96, no art. 4º, estabelece que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação:

> *"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia*
>
> *I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;" (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).*

Por conseguinte, deve ser garantido ao infante o acesso à escola, porquanto se trata de direito fundamental reconhecido expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, cabendo ao Ente Público criar os meios para amplo acesso ao ensino.

Corroborando deste entendimento, julgados deste Sodalício:

> *"EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA DE MENOR ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL, EM ESCOLA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO, POR AUSÊNCIA DO REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE – MERA IRREGULARIDADE – ACESSO À EDUCAÇÃO – DEVER DO ESTADO – DIREITO GARANTIDO A TODOS PELA CARTA MAIOR E PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – REEXAME IMPROVIDO. A legislação que cuida do estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas em conjunto com a Constituição Federal e afins, com relevo ao princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive, tornando-se imprópria a negativa de acesso ao ensino de criança estrangeira."* (TJMS - Reexame Necessário - Nº 0000947-21.2012.8.12.0003 - Bela Vista – 5ª Câmara Cível – Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – j. em 21 de novembro de 2013).
>
> *"EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA DE MENOR ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL EM ESCOLA DA REDE ESTADUAL DE ENSINO – POR AUSÊNCIA DO VISTO DE ESTRANGEIRO – MERA IRREGULARIDADE – ACESSO À EDUCAÇÃO – DEVER DO ESTADO – DIREITO GARANTIDO A TODOS PELA CARTA MAIOR E PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – RECURSOS IMPROVIDOS. A legislação pertinente ao estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas sim fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição e seus fins, em análise conjunta com outros dispositivos e sempre à luz do princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive."* (TJMS - Apelação / Reexame Necessário - Nº 0005521-73.2011.8.12.0019 - Ponta Porã - 1ª Câmara Cível – Des. Joenildo de Sousa Chaves - j. em 31 de outubro de 2012).

Nesse contexto, a intervenção do Poder Judiciário se faz necessária, para assegurar o direito constitucional à educação ao ser humano, toda vez que for injustamente recusada, de modo a não merecer reparos a sentença.

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos (voluntário e necessário) e nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801597-16.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – CAMPANHA DE TRÂNSITO PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO – EXPOSIÇÃO PÚBLICA DE VEÍCULO ENVOLVIDO EM ACIDENTE – AUSÊNCIA DE MENÇÃO ÀS VÍTIMAS OU OUTROS DETALHES DO FATO OCORRIDO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E EVENTUAIS DANOS SOFRIDOS PELA MÃE DA VÍTIMA.

Na responsabilidade objetiva da administração pública, presentes o dano e o nexo de causalidade entre o ato comissivo, configura-se o dever de indenizar.

Não se configura a responsabilidade do Município na hipótese em que o ente público expõe veículo envolvido em acidente de trânsito em que a filha da autora faleceu, na intenção de promover campanha de conscientização sobre os riscos e responsabilidades dos condutores, sem qualquer menção ao ocorrido. Ilegalidade e nexo causal entre o ato e os danos enfrentados pelo familiar da vítima não configurados.

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ilda Rosa Gomes interpõe apelação cível (f. 95/98) contra a sentença (f. 88/92) proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Ponta Porã que, nos autos da demanda de compensação por danos morais, julgou improcedente o pedido.

Afirma ter a apelante sofrido imensurável abalo moral ao se deparar, em um canteiro na Avenida Brasil da cidade de Ponta Porã, com o veículo envolvido no acidente no qual perdeu sua filha. Alega que o ocorrido aglomerou vários cidadãos pontaporanenses, que, diante do carro, começaram a fazer comentários especulativos sobre sua origem e história. Entre esses comentários, o mais mencionado era que o carro havia se envolvido num acidente onde vários jovens, bêbados, morreram. Aduz que o julgamento antecipado da demanda não permitiu à apelante a produção de prova testemunhal sobre a forma desrespeitosa, imprudente e ilegal com que sua dor fora tratada e sua filha foi exposta.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 101/105.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação que Ilda Rosa Gomes interpõe contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Ponta Porã que, nos autos da demanda de compensação por danos morais ajuizada contra o Município de Ponta Porã, julgou improcedente o pedido.

A recorrente afirma ter sofrido imensurável abalo moral ao se deparar, em um canteiro na Avenida Brasil da cidade de Ponta Porã, com o veículo envolvido no acidente no qual perdeu sua filha. Alega que o ocorrido aglomerou vários cidadãos pontaporanenses que diante do carro começaram a fazer comentários especulativos sobre sua origem e história, entre eles o mais mencionado era que o carro pertencia a um acidente onde vários jovens, bêbados, morreram. Sustenta que o julgamento antecipado da demanda não permitiu que a apelante trouxesse aos autos prova testemunhal da forma desrespeitosa, imprudente e ilegal que sua dor for tratada e que sua filha foi exposta.

Sem razão, contudo.

Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, o art. 355 do Código de Processo Civil prevê o julgamento antecipado da lide, no qual a sentença é proferida, dispensando-se a inauguração da chamada fase instrutória.

Nesse contexto, se a hipótese se amolda a tal dispositivo, nada impede que o juiz indefira eventual requerimento de instrução probatória e profira sentença de mérito contrária ao pedido do autor, desde que sua motivação não esteja assentada exatamente em ausência de prova (STJ - Relator Ministro Herman Benjamin, 01/08/2013, REsp 1293370 RN 2011/0273390-9).

Por outro lado, importante destacar, a administração pública é responsável objetivamente pela indenização dos danos sofridos pelo administrado. Tal responsabilidade independe de dolo ou culpa. Presentes o dano e o nexo de causalidade entre o ato comissivo ilegítimo da administração pública, configura-se o dever de indenizar.

Na hipótese, o carro envolvido no acidente que ceifou a vida da filha da autora foi exposto em área pública, diante de uma campanha de trânsito promovida pelo Município, em prol do interesse público, no intuito de conscientizar a população sobre as responsabilidades e riscos inerentes à condução de veículos automotores.

Em momento algum houve menção aos nomes dos envolvidos no acidente, à causa do acidente ou qualquer outra imagem ou informação a respeito da filha da autora.

Ainda, a exposição do veículo foi feita com autorização expressa do pai da vítima, que também era o proprietário do veículo (f. 44).

Ainda que se reconheça que o ato tenha acarretado abalos de ordem moral à autora, diante da dor de relembrar o trágico acidente ao ver o veículo nele envolvido, não se vislumbra o nexo causal entre tal lesão e a conduta da administração pública, a qual agiu dentro dos limites da legalidade e dentro do interesse público.

Conforme destacou o juiz, eventuais comentários desfavoráveis à vítima devem ser atribuídos aos seus realizadores e não à Administração, a qual, com sua conduta, em nada desrespeitou a imagem dos envolvidos no acidente, pois não fez nenhuma menção a eles durante a campanha.

Portanto, ausentes a ilegalidade e nexo causal entre o ato e os danos enfrentados pelo familiar da vítima, não se caracteriza o dever de indenizar, motivo pelo qual a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação. Com fundamento no art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil, majoro o percentual dos honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da parte ré para 12% sobre o valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Alexandre Aguiar Bastos.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0805115-47.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator n Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – INDENIZATÓRIA – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL – REJEITADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INOVAÇÃO RECURSAL – CALÚNIA – NÃO COMPROVAÇÃO DO *ANIMUS CALUNIANDI* – MERA COMUNICAÇÃO DOS FATOS – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO – ARTIGO 7º, § 2º, DA LEI 8.096/94 – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO – DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO PROCESSUAL.

Não há violação ao princípio da dialeticidade quando a parte impugna devidamente a sentença e demonstra o interesse na reforma da decisão.

O requerimento de inversão do ônus da prova, realizado somente em recurso de apelação, não pode ser conhecido, pois importa ofensa ao princípio da estabilização da demanda e indevida supressão de instância.

A ausência do *animus caluniandi* da conduta pelo agente exclui o dolo específico da calúnia.

A mera comunicação do fato, desde que não realizada com a intenção de caluniar, corresponde ao exercício regular de direito, não ensejando a condenação da parte em compensação por danos morais.

Nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 8.096/94, o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação a manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele pelos excessos que cometer.

Não comprovada a suposta conduta ilícita praticada pelo réu, inexiste o dever de indenizar.

A litigância de má-fé só se caracteriza quando há prova inequívoca do dolo processual na prática de alguma das condutas previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil.

Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Willian Pinto Melo interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Corumbá que, nos autos de processo da demanda indenizatória ajuizada contra Luiz Marcos Ramires, julgou improcedentes os pedidos (p. 193/203).

O recorrente afirma ter comprovado os fatos constitutivos de seu direito, o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, enquanto o réu não se desincumbiu do ônus de provar os fatos modificativos e extintivos do direito do autor, razão pela qual o magistrado incorreu em *error in judicando*. Ainda, alega ser necessária a inversão do ônus da prova, pois devem ser aplicados a garantia constitucional e de direitos humanos do estado de inocência do servidor público, além do artigo 156 do Código de Processo Penal. Certifica estarem provados os elementos da culpabilidade do apelado, bem como a ilicitude da conduta perpetrada. Informa não ser permitido a mera alegação de crime cometido por servidor público, sendo necessária a comprovação da veracidade dos fatos narrados, por meio da exceção de verdade; contudo, o réu não provou suas alegações. Além disso, aduz não ter o réu provado a ausência de *animus caluniandi* na denúncia realizada contra o autor. Confirma que a acusação feita pelo apelado estava acompanhada de injúrias, revelando o *animus* do réu. Salienta a confissão do réu ao dizer, em sua contestação, que a justa causa da acusação criminal por ele veiculada teve como base um crime supostamente cometido, denotando a sua incerteza quanto prática do delito.

Ademais, alega que a justa causa apresentada pelo réu não tem o condão de configurar o crime pelo qual o autor foi denunciado. Destaca, também, o relato do réu ao Ministério Público Federal, no qual afirmou ter denunciado o autor por conduta administrativa-disciplinar. Sustenta ter o réu renovado a acusação, mesmo após saber da inocência do autor. Afirma, ainda, que a acusação não configura defesa dos interesses da cliente do réu. No mais, assegura ter havido excesso de palavras utilizadas pelo autor, ultrapassando os limites da imunidade legal prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei 8.906/94. Por isso, afirma ser de rigor a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais ao autor (p. 207/224).

Em contrarrazões, o apelado pretende o não conhecimento do recurso por violação à dialeticidade recursal, bem como a condenação do apelante nas penas da litigância de má-fé (p. 235/260).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por Willian Pinto Melo contra a sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Corumbá que, nos autos de processo da demanda indenizatória ajuizada contra Luiz Marcos Ramires, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

O recorrente afirma ter comprovado os fatos constitutivos de seu direito: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, enquanto o réu não se desincumbiu do ônus de provar os fatos modificativos e extintivos do direito do autor, razão pela qual o magistrado incorreu em *error in judicando*. Ainda, alega ser necessária a inversão do ônus da prova, pois deve ser aplicado a garantia constitucional e de direitos humanos do estado de inocência do servidor público, além do artigo 156 do Código de Processo Penal. Certifica estarem provados os elementos da culpabilidade do apelado, bem como a

ilicitude da conduta perpetrada. Informa não ser permitida a mera alegação de crime cometido por servidor público, sendo necessária a comprovação da veracidade dos fatos narrados; contudo, o réu não provou suas alegações. Além disso, aduz não ter o réu provado a ausência de *animus caluniandi* na acusação realizada contra o autor. Confirma que a acusação feita pelo apelado estava acompanhada de injúrias, revelando o *animus* do réu. Salienta a confissão do réu ao dizer, em sua contestação, que a justa causa da acusação criminal por ele veiculada teve como base um crime supostamente cometido, denotando a sua incerteza quanto prática do delito. Ademais, alega que a justa causa apresentada pelo réu não tem o condão de configurar o crime pelo qual o autor foi denunciado. Destaca, também, o relato do réu ao Ministério Público Federal, no qual afirmou ter delatado o autor por conduta administrativa-disciplinar. Sustenta ter o réu renovado a acusação, mesmo após saber da inocência do autor. Afirma, ainda, que a acusação não configura defesa dos interesses da cliente do réu. No mais, assegura ter havido excesso de palavras utilizadas pelo autor, ultrapassando os limites da imunidade legal prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei 8.906/94. Por isso, afirma ser de rigor a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais ao autor.

Em contrarrazões, o apelado pretende o não conhecimento do recurso por violação à dialeticidade recursal, bem como, se conhecido, a condenação do apelante nas penas da litigância de má-fé.

Preliminares

Ofensa à dialeticidade recursal arguida pelo apelado

A teoria geral dos recursos exige que as razões recursais demonstrem um efetivo rebate aos argumentos da decisão recorrida, a demonstração da suposta ilegalidade ou injustiça da sentença que o recorrente pretende modificar, a apresentação dos fatos e fundamentos jurídicos que amparam sua pretensão de reforma e o pedido de nova decisão, sob pena de afronta ao princípio da dialeticidade recursal.

Ao contrário do alegado pelo apelado, as razões do recurso não são dissociadas da decisão proferida. Isso porque a parte impugnou devidamente a sentença e demonstrou o interesse na reforma da decisão.

Além disso, a apelação contém os nomes e a qualificação das partes, a exposição do fato e do direito e o pedido de nova decisão, atendendo o disposto no artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

Desse modo, não há violação ao princípio da dialeticidade.

Verificados os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inovação recursal

Deve-se registrar a impossibilidade de conhecer os requerimentos feitos pelo apelante somente em sede recursal.

No recurso de apelação, o apelante requereu a inversão do ônus da prova, sob o fundamento de dever ser aplicado ao caso a garantia constitucional e de direitos humanos do estado de inocência do servidor público. Todavia, a inversão do ônus probatório não foi objeto de insurgência em primeira instância.

Ao Tribunal de Justiça são devolvidas somente as questões discutidas nos autos em primeiro grau e apreciadas pelo juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância e violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Desse modo, o requerimento de inversão do ônus da prova não pode ser conhecido, por importar ofensa ao princípio da estabilização da demanda e indevida supressão de instância.

Mérito do recurso de apelação

Na espécie, trata-se de demanda indenizatória em razão de o réu, advogado, ter, supostamente, caluniado o autor, lhe imputando falsamente o crime de prevaricação, além de ofender a sua dignidade no exercício das suas funções como servidor público, por meio de petição escrita (p. 30/36), razão pela qual pleiteia compensação por danos morais.

A responsabilidade civil extracontratual se aperfeiçoa mediante o concurso de três pressupostos, quais sejam: a demonstração do ato ilícito ou do abuso de direito, do dano e do nexo de causalidade.

No caso, não está demonstrado a ocorrência do ato ilícito.

O réu, advogado, ao subscrever a petição de p. 30/36, narrou estar inconformado com o convite informal para a sua cliente comparecer na sede da Justiça do Trabalho, sem que fosse avisado, bem como com a vedação imposta pelo autor para retirada dos autos em carga.

Em sua concepção, tal atitude configurava crime de prevaricação, pois pensou que o autor estivesse agindo daquela maneira por receio de ser cobrado por seus superiores pelo equívoco cometido quando do lançamento do alvará, sem a observância da reserva da meação do cônjuge do executado.

Segundo o artigo 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O artigo 32 da Lei 8096/94[1], por sua vez, dispõe ser o advogado responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Desse modo, apesar de estar incontroverso que o réu escreveu a petição de p. 30/36, competia ao autor o ônus de comprovar a ocorrência de dolo ou culpa, ou seja, a intenção de caluniar (*animus caluniandi)*, na conduta praticada pelo réu, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Isso porque é imprescindível, para configurar o delito de calúnia, que o indivíduo tenha conhecimento da falsidade da conduta a qual está imputando a outra pessoa; a ausência da ciência da falsidade da conduta perpetrada pelo agente exclui o dolo específico da calúnia.

Todavia, o autor não se desincumbiu do ônus que lhe competia.

Por isso, não estando provado o *animus caluniandi*, não há ilicitude na conduta perpetrada pelo réu. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. NOTITIA CRIMINIS. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. É cediço que a comunicação de suposto fato delituoso à autoridade policial, por si só, não autoriza a concessão de indenização por danos morais, mormente quando não comprovado o dolo, má-fé ou leviandade no ato de comunicar. Danos morais não comprovados, ônus que competia ao autor, ex vi do artigo 333, I do Código de Processo Civil. Improcedência mantida. Hipótese em que se nega seguimento à apelação."* (TJ-RS - AC: 70047639349 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 22/03/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2012)

Deve-se atentar, ainda, para a impossibilidade de se produzir prova de fato negativo, razão pela qual não se pode imputar ao réu o ônus de comprovar a ausência do *animus caluniandi* na sua conduta.

1 Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Importante registrar, também, que não há crime de calúnia quando a parte pratica o fato com o ânimo diverso do caluniar, como ocorre quando o indivíduo tem a intenção de se defender *animus defendendi*, ou narra um acontecimento *animus narrandi*, o que entendo ser o caso dos autos.

Assim, a simples comunicação do fato, desde que não realizada com *animus caluniandi*, corresponde ao exercício regular de direito, razão pela qual não pode acarretar à condenação do réu em compensação por danos morais. A propósito, o mesmo é o entendimento de outros Tribunais:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Frases ofensivas e injuriosas lançadas em petição inicial por advogado contra ex adverso - Não ocorrência - Mero animus narrandi - Inexistência de ilicitude a ensejar reparação por dano moral - O advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133 da CF/88 e art. 2º, § 3º, do Estatuto da Advocacia)- Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido."* (TJ-SP - APL: 24314255200982600002 SP 0243142-55.2009.8.26.0002, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 29/08/2012, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/08/2012)

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por dano moral - Pretensão do apelante decorrente de suposta ofensa à honra, em razão de argumentos apresentados em peça processual por advogado pertencente ao escritório de advocacia apelado - Higidez da atuação do advogado, no âmbito do exercício regular da profissão - Ausência de proceder temerário - Enunciado em peça processual que não caracteriza a ofensa reclamada, pois não extrapola os limites da imunidade profissional, além de ter sido formulado em meio à discussão da lide - Dano moral - Não ocorrência - Mero animus narrandi - Inexistência de ilicitude a ensejar reparação - O advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133 da CF/88 e art. 2º, § 3º, do Estatuto da Advocacia)- Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido."* (TJ-SP - APL: 22608852011826059O SP 0022608-85.2011.8.26.0590, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 28/11/2012, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/12/2012)

Além disso, o suposto excesso de palavras utilizadas pelo réu em sua petição está protegido pela imunidade profissional, garantida ao advogado, prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei 8096/94, não sendo o suficiente para caracterizar a culpa ou o dolo na conduta perpetrada pelo apelado, *in verbis*:

> *"Art. 7º. § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato*[2] *puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer."*

No mais, ao contrário do alegado pela parte apelante, o juiz não menosprezou a decisão proferida pelo juízo da Vara do Trabalho de Corumbá (18/21), pois ele fundamentou os motivos pelos quais entendeu que a referida decisão não faz coisa julgada em relação à avaliação do contexto fático apto a afastar a conduta dolosa do réu.

Sendo o juiz o destinatário final da prova, cabe a ele determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, nos termos do artigo 370 do Código de Processo Civil.

Portanto, diante da ausência de ato ilícito, não há o dever de indenizar, sendo desnecessário o enfrentamento dos demais pressuposto da responsabilidade civil do réu.

Logo, deve ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Condenação do apelante nas penas da litigância de má-fé requerida em contrarrazões.

2 Houve suspensão da eficácia da expressão "desacato" em razão da ADIN 1.127-8

A litigância de má-fé só se configura quando estiver comprovado nos autos, de maneira inequívoca, a deslealdade da parte na prática de alguma das condutas previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil. Nesse sentido:

> *"CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS Litigância de má-fé da autora não configurada A despeito de ter-se comprovado inverdadeira a versão inicialmente apresentada de que a dívida sub judice não foi por ela contraída, o dolo específico (que se exige à imposição de sanção por má-fé processual) não foi comprovado É verossímil a versão da autora de que, chamada a assinar um documento bancário por uma amiga, não tinha consciência de que se estava coobrigando pelo adimplemento da avença Sancionamento decotado da sentença Recurso provido."* (TJ-SP - APL: 00010999520098260355 SP 0001099-95.2009.8.26.0355, Relator: Fernandes Lobo, Data de Julgamento: 08/05/2014, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/05/2014)

> *"RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PENALIDADES MAL APLICADAS. DIREITOS AUTORAIS. ESTILOS, MÉTODOS OU TÉCNICAS. INEXISTÊNCIA DEPROTEÇÃO. 1. Não ofende o Art. 535 do CPC o acórdão que, embora rejeitando os embargos de declaração, examinou todas as questões pertinentes. 2. Não é nula, por falta de fundamentação, sentença na qual o juiz declina completamente os motivos de seu convencimento. 3. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa). 4. Estilos, métodos ou técnicas não são objetos de proteção intelectual (Art. 8º, I e II, da Lei 9.610/98). O que se tem sob guarida legal são as obras resultantes da utilização de estilos, métodos ou técnicas."* (STJ - REsp: 906269 BA 2006/0248923-0, Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros, Data de Julgamento: 16/10/2007, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 29/10/2007 p. 228) g.n

Desse modo, para que a parte seja condenada nas penas da litigância de má-fé, exige-se a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar prejuízo processual à parte adversa.

O apelado não provou a conduta processual desleal do litigante. Limitou-se a afirmar que o autor pleiteou, indevidamente, a condenação do réu ao pagamento do valor referentes aos honorários contratuais, sem, contudo, ter realizado o pagamento ao seu procurador.

Entretanto, não se pode extrair disso a intenção da parte em induzir o juízo a erro ou prejudicar indevidamente a parte contrária, até mesmo porque o apelado não provou suas alegações.

Assim, inexistindo comprovação da má-fé do litigante, é inaplicável a multa prevista no artigo 81, *caput*, do Código de Processo Civil.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso de apelação interposto por Willian Pinto Melo e, na parte conhecida, nego provimento.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários fixados anteriormente para 15% do valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de setembro de 2016.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1406784-42.2016.8.12.0000
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS DO ESTADO AO MUNICÍPIO – RECUSA ADMINISTRATIVA DE REALIZAÇÃO DE CONVÊNIO – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA – EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO COM O INSS NÃO APRESENTADA PELO BENEFICIÁRIO DO REPASSE – IMPOSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DO ACORDO.

O autor tem interesse de agir quando a demanda proposta se evidencia necessária e útil ao objetivo pretendido.

A transferência voluntária é a entrega de recursos a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

A Lei Federal 10.522/02 não é aplicável à hipótese porque dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e, nesta demanda, discute-se o repasse de recursos estaduais a Município.

A Lei de Responsabilidade Fiscal dispensa da penalidade de suspensão de transferência voluntária os entes que destinem recursos às áreas de saúde, assistência e educação, não se aplicando ao caso, em que o impetrante pretende o reconhecimento do direito à transferência voluntária e inexiste discussão sobre qualquer penalidade.

O Estado possui legitimidade para legislar sobre direito financeiro, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, motivo pelo qual é perfeitamente possível que preveja requisitos específicos para a transferência de verbas estaduais, desde que obedecidas as normas gerais sobre a matéria. Nesse contexto, o Decreto Estadual n. 11.261/03, no artigo 5º, §1º, possibilita a exigência de certidão negativa de débito do INSS pelo Estado, para que seja realizada a transferência voluntária em favor do Município.

Segurança 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, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Município de Bela Vista impetrou mandado de segurança contra ato da Secretária de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, consistente na negativa da transferência voluntária de recursos do Estado para o Município, sob o argumento de que o impetrante não apresentou a certidão negativa de débito do INSS.

Afirmou prever a Lei de Responsabilidade Fiscal, para o repasse de verbas, a ausência de débito do ente federativo beneficiado com o ente transferidor (art. 25). Assim, na hipótese, como o débito do Município é com a União, não haveria óbices para transferência de recursos por parte do Estado. Sustentou, ainda, nos termos da Lei Federal 10.522/02, que a restrição para transferência de recursos é suspensa nos casos de execução de ações sociais ou em faixa de fronteira. Alegou estar o Município situado em faixa de fronteira.

Pleiteou a concessão de liminar e, ao final, da segurança, a fim de determinar-se à autoridade coatora a formalização dos convênios disponíveis com o Município, independentemente da apresentação da Certidão Negativa de Débitos do INSS.

A liminar foi indeferida (f. 23/25).

A autoridade coatora manifestou-se às f. 36/42. Afirmou que as exigências previstas no artigo 25, § 1º, inciso IV, alínea *a,* da LC nº 101/00, quanto à comprovação, por parte do beneficiário, de que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como à prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, são aplicáveis mesmo nas hipóteses em que os referidos repasses de recursos se destinem a ações nas áreas de educação, saúde e assistência social.

O Ministério Público Estadual emitiu parecer pela denegação da segurança (f. 71/84). Alegou que o impetrante não demonstrou a existência de seu direito líquido e certo, na medida em que não trouxe aos autos elementos que pudessem identificar o destino da verba a ser repassada pelo Estado, restando impossível afirmar se a pretensão deduzida na inicial estaria incluída nas exceções trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de mandado de segurança que Município de Bela Vista impetrou contra ato da Secretária de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, consistente na negativa da transferência voluntária de recursos do Estado para o Município, sob o argumento de que o impetrante não apresentou a certidão negativa de débito do INSS.

Afirmou prever a Lei de Responsabilidade Fiscal, para o repasse de verbas, a ausência de débito do ente federativo beneficiado com o ente transferidor (art. 25). Assim, na hipótese, como o débito do Município é com a União, não haveria óbices para transferência de recursos por parte do Estado. Sustentou, ainda, nos termos da Lei Federal 10.522/02, que a restrição para transferência de recursos é suspensa nos casos de execução de ações sociais ou em faixa de fronteira. Alegou estar o Município situado em faixa de fronteira.

A autoridade coatora suscitou a preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, refutou as alegações do impetrante.

O Ministério Público Estadual emitiu parecer pela denegação da segurança.

Preliminar

Inicialmente, afasto a preliminar de interesse de agir, pois a obtenção da tutela jurisdicional, caso concedida, será necessária e útil ao impetrante, na medida em que possibilitará a celebração do convênio com o impetrado, sem que para tanto seja exigida Certidão Negativa de Débito com o INSS.

Ademais, uma vez indeferido o requerimento administrativo, não restou alternativa ao prejudicado, senão o ajuizamento desta demanda.

Mérito

O Estado de Mato Grosso do Sul negou a transferência voluntária de recursos do para o Município de Bela Vista, do qual o impetrante é Prefeito, sob o argumento de não apresentação da certidão negativa de débito do INSS.

A transferência voluntária é a entrega de recursos a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (art. 25, caput da Lei Complementar n. 101/00).

O art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que, para o repasse de verbas, não deve existir débito do ente federativo beneficiado com o ente transferidor.

O impetrante sustentou que a restrição para transferência de recursos não ocorre nos casos de execução de ações sociais, de saúde, educação e assistência social ou em faixa de fronteira, conforme Lei Federal 10.522/02 e art. 25, § 3º, da Lei 101/2000.

Quanto à Lei 10.522/02, ela não é aplicável à hipótese porque dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e, nesta demanda, discute-se o repasse de recursos estaduais a Município.

No que concerne à Lei de Responsabilidade Fiscal (n. 101/2000), ela dispensa a penalidade de suspensão de transferência voluntária prevista na lei aos entes que destinem recursos às áreas de saúde, assistência e educação, não se aplicando ao caso, em que o impetrante pretende o reconhecimento do direito à transferência voluntária e inexiste discussão sobre qualquer penalidade.

De qualquer forma, o destinatário das verbas não especificou o objeto do Convênio a ser firmado com o Estado. Assim, caso se entendesse pela aplicabilidade das normas acima mencionadas, deveria o impetrante ter demonstrado que se enquadrava na exceção à regra, para o reconhecimento do alegado direito líquido e certo, mas não o fez.

Importante acrescentar que o Estado possui legitimidade para legislar sobre direito financeiro, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal[1], motivo pelo qual é perfeitamente possível que preveja requisitos específicos para a transferência de verbas estaduais, desde que obedecidas as normas gerais sobre a matéria.

1 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...)

Nesse contexto, o Decreto Estadual n. 11.261/03, no artigo 5º, §1º, estabelece que o *"convenente, para seu registro e o cadastramento do convênio ou termo similar de seu interesse, deverá comprovar a situação de regularidade perante a administração pública, conforme disposições do art. 25 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal e apresentar outros documentos exigidos neste Decreto ou em regulamento."*

Ou seja, é legítima a exigência da certidão negativa de débito do INSS para a realização da transferência voluntária, em consonância com a legislação estadual acima mencionada.

Do dispositivo

Ante o exposto, denego a segurança.

Sem honorários (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se.

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 da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800031-98.2011.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – PRAZO DE 20 (VINTE ANOS) DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – APLICAÇÃO DO ARTIGO 2038 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – COMPROVAÇÃO DA POSSE MANSA E PACÍFICA – IMÓVEL RECEBIDO A TÍTULO DE COMODATO – TRANSMUTAÇÃO DA POSSE – VINTE E OITO ANOS NO LOCAL – ÂNIMO DE DONO – PLANTAÇÕES DIVERSAS PARA SUSTENTO PRÓPRIO E DA FAMÍLIA – PROVA TESTEMUNHAL – USUCAPIÃO RECONHECIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Aplica-se, no caso, a regra do Código Civil de 1916, eis que transcorrido mais da metade do prazo da usucapião extraordinária, desde o início da posse até a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Inteligência do artigo 2.038 do CC/02

Na usucapião, os requisitos essenciais a serem observados são: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*.

Restou devidamente demonstrada a permanência dos autores no imóvel por quase vinte e oito anos, onde realizaram diversas plantações de pequeno porte, de forma mansa e pacífica.

Embora os autores tenham ingressado no imóvel, inicialmente, por meio de comodato (que sinaliza detenção), houve a transmutação para a posse propriamente dita diante da desídia dos proprietários, não sendo embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, a mudança de natureza e assunção de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem,* conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Recurso conhecido e 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Antônio Garcia de Castro Filho (espólio) e Sileide Pereira da Silva Castro interpõem recurso de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caarapó, MS, que na ação de usucapião movida contra Antônio Fancelli e Pascoalina Jacomel Fancelli, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Afirmam, em suas razões recursais (f. 314/336), que adquiriram a posse dos lotes 17 e 18 no dia 1º do mês de junho de 1986, porém não lhes foi entregue o respectivo contrato, não tendo sido regularizado o domínio.

Aduzem que exercem posse sobre tais lotes por aproximadamente vinte e cinco anos de forma ininterrupta, mansa e pacífica, tendo neles introduzido acessão e benfeitoria necessária de pequena monta, assumindo, inclusive, encargos como o pagamento do IPTU.

Argumentam que as testemunhas ouvidas em juízo corroboram a procedência do pedido formulado.

Insurgem-se, ainda, no tocante ao valor da verba honorária, pois entendem que esta é abusiva e não condiz com a realidade financeira dos apelantes.

Prequestionam a matéria versada no recurso e pugnam, ao fim, pelo conhecimento e provimento do apelo a fim de julgar procedente o pedido formulado na inicial.

Embora intimados, os apelados não apresentaram contrarrazões (f. 339).

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer, por não vislumbrar na hipótese qualquer aspecto que justifique a intervenção ministerial (f. 351-3)

Conclusos os autos, realizou-se juízo de admissibilidade, com o recebimento do apelo, não tendo sido interposto recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Garcia de Castro Filho (espólio) e Sileide Pereira da Silva Castro, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Caarapó, MS, que na ação de usucapião movida contra Antônio Fancelli e Pascoalina Jacomel Fancelli, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Conforme relatado, os recorrentes afirmam que adquiriram a posse dos lotes 17 e 18 no dia 1º do mês de junho de 1986, porém não lhes foi entregue o respectivo contrato, não tendo sido regularizado o domínio.

Aduzem que exercem posse sobre tais lotes por aproximadamente vinte e cinco anos de forma ininterrupta, mansa e pacífica, tendo neles introduzido acessão e benfeitoria necessária de pequena monta, assumindo, inclusive, encargos como o pagamento do IPTU. Argumentam que as testemunhas ouvidas em juízo corroboram a procedência do pedido formulado.

Insurgem-se, ainda, no tocante ao valor da verba honorária, pois entendem que esta é abusiva e não condiz com a realidade financeira dos apelantes.

Pois bem. Versam os autos sobre ação de usucapião movida por Antonio Garcia de Castro Filho e Sileide Pereira da Silva Castro em desfavor de Antônio Fancelli e Pascoalina Jacomel Fancelli visando à declaração de domínio sobre o imóvel urbano matriculado sob nº 7.161 no CRI de Caarapó-MS. Alegam os autores, em suma, que exercem a posse mansa, pacífica e com *animus domini*, sobre o imóvel usucapiendo por aproximadamente 25 anos de forma ininterrupta. Relatam que adquiriram a posse dos lotes no dia 01/07/1986.

Ao fim de regular instrução, a Magistrada de primeira instância julgou improcedente o pedido formulado na inicial, tendo entendido, basicamente, não ter sido demonstrada a posse *ad usucapionem*.

A solução para a controvérsia posta à apreciação reside na verificação do preenchimento dos requisitos legais que devem coexistir para a ocorrência da usucapião extraordinária. Nessa extensão, cumpre dizer que, em qualquer modalidade de usucapião, são três os requisitos essenciais a serem observados: o tempo, a pose mansa e pacífica e o *animus domini*.

Com relação ao requisito tempo, insta salientar que se aplica ao presente caso o Código Civil de 1916, no qual o lapso exigido para a aquisição da propriedade mediante a usucapião extraordinária era, como se sabe, de 20 anos (art. 50, CC/16). O Código Civil de 2002, por sua vez, reduziu tal prazo para 15 anos (*caput* do artigo 1238) ou, a depender da situação específica, para 10 anos (art. 1.238, parágrafo único, do CC/02).

Justifica-se a aplicação do prazo do Código anterior ante a redação do artigo 2028 do CC/02, segundo o qual *"serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por este Código e, se na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada"*.

No caso, o apelante alega ter iniciado a posse em 1986. Até janeiro de 2003, transcorreu mais da metade do referido prazo, motivo por que se aplica o prazo do Código anterior.

Feitas tais considerações acerca do prazo aplicável, conforme se extrai da sentença, entendeu o Magistrado que os autores, ora apelantes, não se desincumbiram do seu ônus de comprovar que exerceram a posse do imóvel de forma mansa, pacífica e com ânimo de donos pelo prazo da prescrição aquisitiva (vinte anos), tendo em vista que não trouxeram aos autos qualquer documentos capazes de comprovar tais alegações.

Fundamentou, na sentença, que *"é evidente que os autores jamais exerceram a posse dos terrenos com animus domini. Pelo contrário, cuidaram dos terrenos o tempo todo sabendo que pertenciam a terceira pessoa. Tal resta ainda demonstrado pelo fato de que não construíram qualquer edificação no local, mesmo sendo terreno vizinho àquele que adquiriram a justo título"*.

As provas existentes nos autos são eminentemente documental e testemunhal.

Segundo se extrai dos autos e das alegações dos réus, a autora Sileide teria assinado um contrato de comodato coletivo e, 01.03.1999, o qual restou assim redigido:

> *"Nós que assinamos o presente livro, declaramos, para os devidos fins de direito que ocupamos os imóveis urbanos objeto do loteamento Jardim Aprazível a título de comodato e estamos cientes de que a posse por nós exercida é mera tolerância dos proprietários, não gerando nenhum direito quanto à prescrição aquisitiva. Declaramos, ainda, estarmos cientes de que devemos pagar o IPTU dos lotes ocupados junto à Prefeitura Municipal e que deveremos manter os lotes devidamente limpos e cercados" (f. 124)*

Acerca de tal documento que embasa a fundamentação acerca da *'mera detenção do imóvel'*, a autora Sileide diz não se recordar de tê-lo assinado, embora reconheça que a assinatura se pareça com a sua, não confirma se realmente partiu de seu punho escriturador. Deveras, os réus não pleitearam pela produção de exame grafotécnico.

Ainda assim, tendo a autora e seu marido ingressado no imóvel a título de detenção, lá permaneceram por aparentemente vinte e oito anos, transmutando-se a detenção em posse, já que durante todo esse período, não há registro de que tenham sido instados a se retirar. Conquanto os réus/apelados afirmem que ingressaram com ação de reintegração de posse, não consta o nome de quaisquer dos autos, conforme se verifica à f. 153.

Em seu depoimento pessoal a autora Sileide afirma que ela e seu marido

> *"estão há 28 anos no local. Disse que o Valdivino era vendedor dos lotes deu para o marido da depoente zelar, diminuindo o matagal. O Valdivino falou para morar e plantar o que quiser. Ele era dono da imobiliária e não deu o lote, apenas para cuidados. Ao mostrar para depoente o "contrato de comodato" (f. 124), disse que teve conhecimento quando o advogado mostrou, mas não se recorda de tê-lo assinado, tampouco pode afirmar se a assinatura é dela. Afirmou que na época do ocorrido, o marido fazia hemodiálise e pouco ficava em casa, acompanhamento o tratamento por mais de quatro anos".*

A testemunha Mário de Souza, por sua vez, disse que conhece a D. Sileide há mais ou menos 28 anos e a conheceu na Vila onde reside, sendo morador próximo. Afirma que quando ela mudou para o lote, ele já se encontrava naquele local. Aduz que a autora está no local há mais ou menos 28 anos. Afirma que o imóvel que a autora cuida de dois terrenos próximos de onde ela reside, mas não sabe a quem pertence, sendo que sempre achou que o terreno pertence à autora. Diz que o terreno estava abandonado. Aduz que a autora faz plantações de pequeno porte no terreno.

Já a testemunha Solange Gonzaga Bispo disse que:

> *"conhece os terrenos ocupados pela autora e que ela e seu marido estão lá há mais ou menos vinte e cinco anos. Afirma que há plantações pequenas de banana, mandioca, etc. Afirma que não sabe por que a autora foi residir naquele local. Disse que não sabe a maneira que a casa foi adquirida e que sempre pensou pertencer à autora, já que ela está lá há muito tempo".*

Ao fim, a testemunha Fábio Caldeira da Silva afirma que *"conhece a autora há uns vinte anos e ela já ocupava os lotes indicados na inicial. Afirma que sempre pensou que os lotes pertencesse à autora já que ela sempre cuidou"*.

Extrai-se, portanto, que a prova testemunhal é firme e indica que a autora se encontra no local pelo tempo exigido para usucapir o imóvel (vinte e oito anos), exerceu a posse durante todo esse tempo de forma pacífica e com ânimo de dono, já que cuida do terreno e nele realiza diversas plantações para seu sustento e para gerar pequena renda.

Mesmo que a posse da usucapiente tenha sido, de início, precária, a desídia do proprietário representa um fenômeno de transformação do caráter da posse, pois permite que o aproveitamento econômico do domínio passe a ser exclusivo do precarista, que então passa a ter, de fato, *"o exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade"*.

Essa tese não é pacífica, contudo, já foi acolhida, por mais de uma vez, pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Francisco César Asfor Rocha, em seu voto proferido no Recurso Especial n. 154733/DF pondera que:

> *"nada impede que o caráter originário da posse se modifique, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem".*

Por sua vez, o Ministro Luís Felipe Salomão, no voto proferido no Recurso Especial n. 1.188.937/RS aduz ser perfeitamente possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios (Enunciado 301 do CJF), e justamente a

partir dessa transformação é que surgem marcos jurídicos importantes, como, por exemplo, para fins de configuração do esbulho ou para aquisição originária da propriedade pela prescrição aquisitiva, como bem adverte a doutrina: cabe cogitar de usucapião apenas se houver mudança na natureza jurídica da apreensão, tornando-se possuidor o detentor, ao arrepio da vontade proprietário.

Complementa, ainda, que perdendo a condição de detentor e deixando de restituir o bem, exercendo a posse de forma contrária aos ditames do proprietário e possuidor originário, passou a cometer o ilícito possessório do esbulho, sobretudo ao privá-lo do poder de fato sobre o imóvel, não havendo como afastar sua pertinência subjetiva para a causa.

Vejamos as ementas dos julgados mencionados:

> *"DIREITOS REAIS. RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IGREJA. TEMPLO. PASTOR QUE SE DESFILIA DOS QUADROS DE OBREIROS DA RELIGIÃO. TRANSMUDAÇÃO DA DETENÇÃO EM POSSE. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. ESBULHO. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMODATO. SÚM 7/STJ. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. INOCORRÊNCIA 1. "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". (Código Civil, art. 1.198) 2. Na hipótese, o réu foi ordenado e designado para atuar na Comunidade Evangélica de Cachoerinha, na condição de pastor da IECLB, e justamente nessa qualidade é que se vinculava ao patrimônio da Igreja; isto é, exercia o controle sobre o imóvel em nome de outrem a quem estava subordinado, caracterizando-se como fâmulo da posse. 3. A partir do momento em que pleiteou o seu desligamento do quadro de pastores, continuando nas dependências do templo, deixando de seguir as ordens do legítimo possuidor,* ***houve a transmudação de sua detenção em posse, justamente em razão da modificação nas circunstâncias de fato que vinculavam a sua pessoa à coisa. Assim, perdendo a condição de detentor e deixando de restituir o bem, exercendo a posse de forma contrária aos ditames do proprietário e possuidor originário, passou a cometer o ilícito possessório do esbulho, sobretudo ao privá-lo do poder de fato sobre o imóvel.*** *4. Desde quando se desligou da instituição recorrida, rompendo sua subordinação e convertendo a sua detenção em posse, fez-se possível, em tese, a contagem do prazo para fins da usucapião - diante da mudança da natureza jurídica de sua apreensão. Precedente. 5. Compulsando os autos, verifica-se que o recorrente solicitou o seu desligamento do quadro geral de obreiros da IECLB em 15 de julho de 2005, ficando afastada por completo qualquer pretensão de reconhecimento da usucapião extraordinária (CC, art. 1.238), como requerido em seu especial, haja vista a exigência do prazo mínimo de 15 (quinze) anos para tanto."* (Recurso Especial Nº 1.188.937 - RS (2010/0057871-1). J em 11.03.2014). Grifou-se.

> *"CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. MUTAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA POSSE ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE. O usucapião extraordinário - art. 55, CC - reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção juris et de jure de boa-fé e justo título, "que não só dispensa a exibição desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência". E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, "nada impede que o caráter originário da posse se modifique", motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem. Precedentes. Ação de usucapião procedente. Recurso especial conhecido, com base na letra "c" do permissivo constitucional, e provido."*

Diante disso, entendo que os requisitos necessários ao reconhecimento da usucapião se encontram devidamente demonstrados, não tendo os réus logrado demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento para, resolvendo o mérito da demanda, nos termos artigo 487, I, do NCPC, julgar procedente o pedido formulado para reconhecer a prescrição aquisitiva operada em favor dos autores/apelantes e declarar o domínio destes sobre os imóveis mencionados na inicial, quais sejam, os lotes 17 e 18, quadra n. 18, matriculados sob o número 07.161 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Caarapó, MS.

Em consequência, considerando a natureza e a média complexidade da causa, a necessidade de ampla dilação probatória e o trabalho adicional realizado pelo advogado dos autores em sede recursal, condeno os réus ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios que, com fundamento no artigo 85, § § 2º, 6º, 8º e 11, do CPC/15, arbitro em R$ 5.000,00.

Certificado o trânsito em julgado, expeça-se mandado para registro deste acórdão junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Caarapó.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 04 de outubro de 2016.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1404699-20.2015.8.12.0000 - TJMS
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DO MUNICÍPIO DE DOURADOS QUE DISPÕE SOBRE A POLÍTICA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL – CONTRAPARTIDA DO BENEFICIÁRIO – OBRIGAÇÃO LEGÍTIMA EM VIRTUDE DA ONEROSIDADE DO BENEFÍCIO – INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – CONTROLE CONCENTRADO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE LEI MUNICIPAL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INADMISSIBILIDADE – PEDIDO IMPROCEDENTE.

A Política Municipal de Habitação de Interesse Social instituída pela Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, dispõe sobre a transferência da titularidade e do domínio de bem imóvel dos Programas de Habitação de Interesse Social. Essa transferência se dá por meio de negócio jurídico sinalagmático, no qual o beneficiário, para receber a titularidade e o domínio de uma unidade habitacional deve atender a algumas exigências da lei, entre elas, a contrapartida imposta pelo inciso I do seu artigo 15. Logo, o inciso I do artigo 15 da Lei Municipal n. 3.601/12 não possui natureza jurídica de imposto nem afronta o artigo 150, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que atribui aos Municípios competência para instituir apenas os impostos previstos na Constituição Federal.

A pretensão de se declarar a inconstitucionalidade do artigo 15, I, da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, por afronta ao artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, não pode ser conhecida em sede de controle concentrado por este Tribunal de Justiça, porquanto não se inclui em sua competência a decretação da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, julgar improcedente a ação e revogar a liminar concedida, nos termos do voto do relator. Ausente justificadamente, neste julgamento o Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por seu Procurador-Geral de Justiça, propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico

do art. 15, inc. I, da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, que dispõe sobre a Política Municipal de Habitação de Interesse Social e dá outras providências, cujo teor é o seguinte:

> *"Art. 15- As unidades habitacionais implantadas com recursos do Fundo Municipal da Habitação de Interesse Social e contrapartida dos beneficiários terão a forma de pagamento, valor e número de prestações definida da seguinte forma:*
>
> *I – Os contemplados com unidades habitacionais recebidas do Município de Dourados deverão pagar 60 (sessenta) parcelas equivalentes a 5% (cinco por cento) do salário mínimo vigente cada uma.*
>
> *II – será concedido desconto no valor de 15% (quinze por cento) sobre a parcela paga até a data do vencimento."*

Alega que, desse modo, o Legislador Municipal criou verdadeiro imposto tendo como hipótese de incidência a doação das unidades habitacionais de interesse social do Município de Dourados e utilizando como base de cálculo o salário mínimo, em flagrante desacordo com a previsão do art. 150, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, ao referir-se à Constituição Federal na previsão dos impostos de instituição atribuída aos Municípios.

Aduz que, ainda que o Fundo destinatário tenha finalidade social, o Executivo e o Legislativo devem atrelar-se à Constituição Federal e Estadual, não podendo se valer da autonomia municipal para se furtar ao seu cumprimento no processo legiferante.

Acrescenta que a utilização do salário mínimo como base de cálculo constitui flagrante afronta ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Requer seja declarada a inconstitucionalidade do art. 15, I, da Lei n. 3.601/12 do Município de Dourados.

O pedido liminar foi deferido, com efeito *erga omnes* e *ex tunc,* para suspender a eficácia do inciso I do artigo 15 da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, até o julgamento definitivo da presente ação.

A decisão liminar não foi objeto de recurso.

A Câmara Municipal de Dourados presta informações, sustentando que inexiste qualquer vício na formação do Projeto de Lei.

Argumenta que o dispositivo legal impugnado implica em uma espécie de contrato de compra e venda de imóvel, na qual o Poder Público subsidiou a alienação, cobrando do beneficiário uma pequena contrapartida, paga em longo parcelamento, tanto assim que o art. 22 da mesma Lei menciona expressamente a utilização de subsídios pelo Município. Além disso, o parágrafo único do art. 18 da referida norma dispõe que, no caso de inadimplência, o título de aquisição poderá ser revogado e poderá haver a retomada e reversão do imóvel ao patrimônio do Município.

Infere que, no caso dos autos, a contrapartida está vinculada a uma atividade estatal específica, qual seja, a entrega de imóvel em programa habitacional, de sorte que não há como afirmar que seja um imposto, uma vez que este tributo não pode ter sua arrecadação atrelada a uma determinada finalidade (CTN, art. 16).

Assevera que não há vinculação da contraprestação ao salário mínimo, mas apenas a fixação do preço do imóvel de forma a atender os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e função social da propriedade, como forma de manter ajustado com justiça social o valor das prestações, uma vez que

o reajuste do salário mínimo permeia todas as demais revisões de preço do país. Além disso, percentual aplicado é ínfimo (5%, equivalente a R$ 44,00 na data de hoje) e foi definido com vistas a privilegiar a proporcionalidade e a razoabilidade, dado o seu baixíssimo valor, sendo infinitamente mais benéfica aos beneficiários do que à Municipalidade, já que o valor pago mensalmente é inferior ao valor de mercado do imóvel alienado. Ademais, o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal está voltado para a proteção do salário mínimo do trabalhador, a fim de proteger relações laborais muito mais do que qualquer outra.

Requer seja julgada improcedente a ação.

O Município de Dourados, representado por seu Prefeito e via o Chefe de Procuradoria Especializada, esclarece que os imóveis implantados nos loteamentos sociais *"Vila dos Ofícios",* destinados à moradia familiar e à instalação de oficinas para prestação de pequenos serviços, visando à complementação da renda familiar, utiliza recursos financeiros advindos a título de fundo perdido do programa *"Habitar Brasil"* (Programa Habitar Brasil/BID, do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Governo Federal, através do Ministério das Cidades, com parceria da Caixa Econômica Federal), com contrapartida pelo Município mediante a cedência da área do loteamento.

Alega que, de acordo com o art. 13 da Lei n. 3.601/12, os programas habitacionais de interesse social "*serão executados diretamente pelo Município ou em parcerias com órgãos do Estado, da União ou das entidades públicas ou privadas, com a finalidade de organizar, de forma democrática e transparente, o acesso da comunidade aos financiamentos públicos e/ou privados, a lotes e moradias de interesse social e condicionar a implantação de empreendimentos de natureza social a padrões urbanísticos específicos*".

Acrescenta que o art. 15 da mencionada norma, ora impugnado, dispõe que as unidades habitacionais implantadas com recursos do Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social contarão com contrapartida dos beneficiários, na forma de pagamento, valor e número de prestações definidas pelos incisos I e II.

Salienta que, no caso em testilha, as cedências dos lotes e unidades habitacionais aos contemplados caracterizam-se juridicamente como vendas subsidiadas, condicionadas ao pagamento pelos mutuários do preço do imóvel em 60 prestações mensais, a título de fundo municipal de habitação, para ressarcimento ao Município do valor do lote, e não de doações, com pagamento de prestações como se imposto fosse.

Afirma que, em decorrência da autonomia organizatória, administrativa, política e financeira conferida aos Municípios pelos arts. 1º, 18 e 30, I, da Constituição Federal, entende-se juridicamente possível alienar os bens públicos municipais, desde que justificado pelo interesse público e atento à regra de inalienabilidade de bens públicos imóveis versada no art. 17, I, *b*, da Lei n. 8.666/93.

Observa que, embora o Fundo Municipal de Habitação não possua personalidade jurídica, dispõe de personalidade financeira, equiparando-se a verdadeiro órgão da Administração, dotado de gestão própria por um Conselho Gestor, com atribuições e finalidades específicas estabelecidas pela lei de sua instituição e orçamento anexado ao orçamento financeiro do Município.

Ressalta que incumbe aos Municípios legislar suplementarmente sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I, II e VIII; CE/MS art. 17, I, II e VII) e, em competência concorrente com a União e os Estados, implantar e gerir as políticas sociais, dentre as quais se destaca a construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais (CF, art. 23, IX). Ademais, o Estatuto da Cidade, em seus arts. 7º e 8º, possibilitou ao Município instituir o fundo municipal de habitação de interesse social como instrumento de gestão e captação de recursos para destiná-los a novos empreendimentos habitacionais, do que se tratam as modestas contribuições cobradas dos donatários.

Assevera que a tese de ofensa ao art. 7º, IV, da Constituição Federal não pode prevalecer porque as mensalidades constituem parcelas fixas cobradas em quantias certas de R$ 25,46 e R$ 27,00, e não em salário mínimo, embora equivocadamente a lei faça referência a este. Aduz que, numa interpretação sistemática e não literal do mencionado dispositivo constitucional, não há vedação absoluta, restringindo-se a vinculação do salário mínimo às obrigações despidas de caráter alimentar e educacional, como no caso em comento.

Enfatiza que o pagamento das mensalidades decorre da adesão espontânea dos mutuários a compra e venda subsidiada, com característica jurídica de direito privado, que não se confunde com tributo.

Em virtude de, com as mudanças verificadas nos locais do arquivo geral da Prefeitura, não ter sido possível a localização de cópia do convênio firmado entre o Município de Dourados e a União, em 1988-1989, tendo por objeto a disponibilização de recursos inerente ao Programa "Habitar Brasil" para implantação do Projeto "Vila dos Ofícios", requer seja oficiado ao Ministério das Cidades, requisitando do referido órgão cópia do respectivo documento para demonstração do amparo jurídico quanto à instituição da mensalidade cobrada a título de fundo de habitação.

Requer, diante da constitucionalidade do art. 15, I, da Lei Municipal n. 3.601/12 e em homenagem ao princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, que seja suspensa a cautelar deferida e julgada improcedente a presente ação.

Protesta pela juntada de novos documentos, em especial da cópia do convênio acima requerida e a oitiva de testemunhas a serem especificadas em momento oportuno.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela procedência da ação e pela declaração da inconstitucionalidade do art. 15, I, da Lei Municipal n. 3.601/12, com a extinção do processo com resolução do mérito.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por seu Procurador-Geral de Justiça, propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico do art. 15, inc. I, da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, que dispõe sobre a Política Municipal de Habitação de Interesse Social e dá outras providências, em face do art. 150, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, ao referir-se à Constituição Federal na previsão dos impostos de instituição atribuída aos Municípios, e do art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.

A ação direta de inconstitucionalidade encontra assento na Constituição Federal ou na Constituição Estadual, a depender do ente federado do qual emane a lei ou ato normativo impugnado.

Assim é que a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual será processada perante o Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário competente para julgá-la (CF, art. 102, I, *a*), ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal está prevista no âmbito estadual, competindo ao Tribunal de Justiça seu processo e julgamento (CE, arts. 123 e 124), a saber:

> *"Constituição Federal:*
>
> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)"

"Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:

Art. 123. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição: (...)

Art. 124. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, incidentalmente ou como objeto de ação direta."

Assim, o Tribunal de Justiça possui competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal apenas quando contestados em face da Constituição Estadual.

Portanto, não obstante o autor faça alusão a dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto de Servidores Público do Estado de Mato Grosso do Sul, o juízo de constitucionalidade a ser proferido em regime de controle concentrado por este Tribunal de Justiça deve ater-se à suposta ofensa ao art. 150, I, da Constituição Estadual, conforme, aliás, ficou decidido por este Órgão Especial na análise do pedido liminar.

O requerente afirma que a norma contida no inciso I do art. 15 da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, criou verdadeiro imposto tendo como hipótese de incidência a doação das unidades habitacionais de interesse social do Município de Dourados e utilizando como base de cálculo o salário mínimo, em flagrante desacordo com a previsão do art. 150, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, ao referir-se à Constituição Federal na previsão dos impostos de instituição atribuída aos Municípios.

Aduz que, ainda que o Fundo destinatário tenha finalidade social, o Executivo e o Legislativo devem atrelar-se à Constituição Federal e Estadual, não podendo se furtar ao seu cumprimento no processo legiferante valendo-se da autonomia municipal.

A seu turno, a Câmara Municipal de Dourados e o Município de Dourados promovem a defesa da constitucionalidade da norma combatida.

Pois bem.

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul atribui aos Municípios competência para instituir os impostos previstos na Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 150. Observadas as normas do sistema tributário nacional, compete ao Estado e aos municípios instituir:

I - os impostos previstos na Constituição Federal;

Por sua vez, a Constituição Federal estabelece, a respeito da instituição de impostos, que:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

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

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

IV - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)"

Ocorre que a natureza jurídica específica de um tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, segundo preceitua o art. 4º do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

"Art. 4º A natureza específica de um tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da sua arrecadação."

Em particular, o imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa à vida do contribuinte, à sua atividade ou ao seu patrimônio, de acordo com o art. 16 do CTN, a saber:

"Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte."

A seu turno, a disposição legal impugnada apresenta o seguinte teor:

"Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012:

Art. 15 – As unidades habitacionais implantadas com recursos do Fundo Municipal da Habitação de Interesse Social e contrapartida dos beneficiários terão a forma de pagamento, valor e número de prestações definida da seguinte forma:

I – Os contemplados com unidades habitacionais recebidas do Município de Dourados deverão pagar 60 (sessenta) parcelas equivalentes a 5% (cinco por cento) do salário mínimo vigente cada uma.

II – será concedido desconto no valor de 15% (quinze por cento) sobre a parcela paga até a data do vencimento."

De início, a argumentação exposta pelo requerente deu a entender que a obrigação de pagar estabelecida pelo inciso I do art. 15 da Lei n. 3.601/12 seria tal que o fato gerador seria apenas e tão somente o beneficiário receber a unidade habitacional com que foi contemplado, sem qualquer atividade estatal específica, de sorte que a liminar foi deferida tendo em conta que a norma impugnada constituiria uma imposição cujo conteúdo possui natureza jurídica de norma tributária e que as explicações apresentadas pela autoridade municipal ao Ministério Público não se mostram suficientes para modificar esse entendimento.

As defesas oferecidas pela Câmara Municipal de Dourados e pelo Município de Dourados, porém, revelam que as circunstâncias são bem outras e que a contrapartida exigida dos beneficiários do programa habitacional não pode ser considerada um tributo, como quer o autor.

A Câmara Municipal de Dourados afirma que o dispositivo legal impugnado implica em uma "espécie de contrato de compra e venda de imóvel", dando a perceber a natureza negocial da relação que se estabelece entre o beneficiado e a Administração Pública. Assinala que o art. 22 da Lei Municipal 3.601/12 menciona expressamente a utilização de subsídios pelo Município e que o parágrafo único do art. 18 da referida lei dispõe que, no caso de inadimplência, o título de aquisição poderá ser revogado e poderá haver a retomada e reversão do imóvel ao patrimônio do Município.

Contrato de compra e venda, de acordo com o art. 481 do Código Civil de 2002, é aquele em que *"um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro."* Trata-se, portanto, de negócio jurídico sinalagmático, uma vez que cada um dos contratantes assume uma obrigação a ser satisfeita em face do outro contratante, tendo por objetivo a transferência do domínio de certo bem.

No caso em análise, a Política Municipal de Habitação de Interesse Social instituída pela Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, dispõe sobre a transferência da titularidade e do domínio de bem imóvel dos Programas de Habitação de Interesse Social. Essa transferência se dá por meio de negócio jurídico sinalagmático, no qual o beneficiário, para receber a titularidade e o domínio de uma unidade habitacional deve atender a algumas exigências da lei, entre elas, a contrapartida imposta pelo inciso I do seu artigo 15.

Dessa forma, fica descaracterizada a concepção de que a lei estaria criando um tributo na forma de imposto, uma vez que este, nos termos do art. 16 do Código Tributário Nacional, tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, ao passo que o art. 15, I, da Lei n. 3.601/12 estabelece uma obrigação ao beneficiário como contrapartida pela titularidade e domínio da unidade habitacional que recebe. Em outras palavras, o pagamento de valores pelo beneficiário decorre de uma atividade estatal específica, qual seja, a transferência de um bem imóvel do patrimônio público para o seu patrimônio privado.

Cumpridas as determinações legais, o Município de Dourados obriga-se a transferir a titularidade e o domínio dos imóveis aos beneficiários, consoante dispõe o art. 17 da Lei n. 3.601/12, embora estes fiquem submetidos a uma série de exigências, postas no parágrafo único do art. 17 e nos arts. 18, 19 e 20, as quais podem acarretar a reversão do imóvel ao patrimônio do Município, e à reserva pelo art. 22 de unidades para atendimento a idosos, portadores de deficiência e famílias em situação de extrema vulnerabilidade, a saber:

> *"Art. 17. Os beneficiários de unidades habitacionais objeto de Loteamentos de Interesse Social receberão a titularidade e domínio dos imóveis, com as seguintes ressalvas:*
>
> *Parágrafo único: A escritura pública ou contrato de aquisição do imóvel conterá cláusula de inalienabilidade pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de transferência de titularidade, e será averbada na matrícula do imóvel. (sic)*
>
> *Art. 18. Os beneficiários de unidades habitacionais nos loteamentos de interesse social não poderão ceder, alugar, vender ou utilizar o imóvel para outra finalidade, sob pena instauração de processo para declaração de nulidade do título de aquisição e reversão do bem ao Município.*
>
> *Parágrafo único: À exceção dos casos previstos no artigo 16 desta lei, a inadimplência de três ou mais parcelas referidas no art. 15 ensejará a abertura de processo administrativo para a revogação do título de aquisição e transferência da titularidade, com a retomada e reversão do imóvel ao patrimônio do Município.*

> *Art. 19. A não ocupação e posse do imóvel para habitação no prazo improrrogável de trinta (30) dias, após o recebimento das chaves pelo beneficiário, implicará na retomada e reversão do bem ao patrimônio público, com consequente cancelamento do título de aquisição domínio.*
>
> *Parágrafo único: O Município de Dourados não se responsabilizará por invasão de imóvel após a entrega efetiva das chaves ao beneficiário.*
>
> *Art. 20. Verificado pelo Município o abandono do imóvel, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 17, será instaurado processo administrativo para a revogação do título de aquisição e transferência de titularidade, com a retomada e reversão do imóvel ao patrimônio do Município.*
>
> *Art. 22. Nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, deverão ser reservadas unidades residenciais da seguinte forma:*
>
> *I - até 5% das unidades para atendimento aos idosos, nos termos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;*
>
> *II - até 5% das unidades para atendimento aos portadores de necessidades especiais;*
>
> *III - até 10% das unidades para atendimento de famílias em extrema vulnerabilidade, acompanhadas pelo serviço social do Departamento de Habitação.*
>
> *IV - as demais unidades residenciais serão sorteadas de acordo com as normas dos programas."*

A seu turno, os beneficiários ficam obrigados ao pagamento de certo preço em dinheiro, referido pela lei como "contrapartida". Apesar de o programa habitacional contar com subsídios públicos, não se trata de um negócio gratuito para o beneficiário, mas oneroso, porquanto este deve pagar um preço e sujeitar-se a determinadas restrições fixadas pela lei para obter a titularidade e o domínio do imóvel.

É por isso que o Município de Dourados argumenta, muito logicamente, que, *in litteris*:

> *"11 – Desta feita, impõe considerar no caso em testilha, caracterizarem-se juridicamente as cedências dos lotes e unidades habitacionais aos contemplados, de vendas subsidiadas, condicionadas ao pagamento pelos mutuários do preço do imóvel bonificado no equivalente a módicas 60 prestações mensais, a título de fundo municipal de habitação, para ressarcimento ao Município do valor do lote, cópia do projeto em anexo, e não de doações, com pagamento de prestações como se imposto o fosse, conforme equivocadamente narrado pelo Autor.*
>
> *12 – Que em se tratando de política voltada a implantação de habitação de interesse social a famílias carentes, como não poderia deixar de ser e como consta da previsão legal feita pelos arts. 9º, 10, parágrafo único, 11, inciso II, e 15, inciso I, da Lei Municipal nº 3.601/2012, é de se ver, traduzirem-se as cedências dos imóveis verdadeiras vendas subsidiadas, mediante o pagamento do preço equivalente a 60 parcelas mensais, o que deixa claro não se tratar de tributo, na modalidade de imposto ou taxa, as mensalidades instituídas aos moradores.*
>
> *13 – Como se vê da Lei 3.601/2012, aos dispor a mesma sobre a Política Municipal de Habitação de Interesse Social, deixou claro que as unidades habitacionais seriam implantadas com previsão em parte com recursos advindos do Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social, cobrando-se dos mutuários uma pequena contrapartida, em 60 parcelas mensais, de razoável e módico valor de R$ 25,46, 27,00 (boletos às fs. 25) e até R$ 35,00, dependendo da época e do loteamento, não caracterizando a*

contrapartida pela alienação dos imóveis, dada a sua natureza de contraprestação, infringência ao artigo 145 da Constituição Federal e 150, da Constituição Federal (sic), por não configurar tributo." (f. 671-672)

Saliente-se que não há nenhum óbice a que o Município promova a alienação onerosa de bens públicos municipais, desde que cumpridos os requisitos legais.

O art. 15, I, da Lei n. 3.601/12 do Município de Dourados trata precisamente da obrigação que incumbe ao beneficiário em decorrência da onerosidade do negócio jurídico que as partes celebram, por meio do qual o Município transfere a titularidade e o domínio de um bem imóvel ao beneficiário e este, em contrapartida, de acordo com a característica do negócio sinalagmático, efetua o pagamento de certa quantia prevista em lei.

Em síntese, a contrapartida imposta inciso I do artigo 15 da Lei Municipal n. 3.601, de 9.7.2012, do Município de Dourados, MS, ao beneficiário de unidade habitacional dos Programas de Habitação de Interesse Social constitui obrigação decorrente da onerosidade do benefício e é a parte que lhe toca no sinalagma. Logo, não possui natureza jurídica de imposto nem afronta o art. 150, I, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que atribui aos Municípios competência para instituir apenas os impostos previstos na Constituição Federal.

Por conseguinte, não há fundamento para decretar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal em relação à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Reafirme-se, neste ponto, que a pretensão de se declarar a inconstitucionalidade do art. 15, I, da Lei Municipal n. 3.601/12 por afronta ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, não pode ser conhecida em sede de controle concentrado por este Tribunal de Justiça, porquanto não se inclui em sua competência a decretação da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, contra o parecer, revogo a medida cautelar deferida liminarmente e julgo improcedente o pedido deduzido na presente ação direta de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unaninidade e, contra o parecer, julgaram improcedente a ação e revogaram a liminar concedida, nos termos do voto do relator. Ausente justificadamente, neste julgamento o des. Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0800794-81.2016.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATA APROVADA PARA CARGO DE PSICÓLOGO EM PRIMEIRO LUGAR – CONCURSO DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE – DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER.

O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital, possui direito subjetivo a nomeação dentro do prazo de validade do certame, cabendo à Administração Pública tão somente escolher o momento no qual se realizará a nomeação, não podendo dela dispor.

Por sua vez, aquele aprovado fora do número de vagas previsto no edital ou de instrumento convocatório que não indica o número de vagas disponíveis, detém apenas mera expectativa de direito, ficando a nomeação em tais casos submetida à discricionariedade da Administração, ou seja, à observância dos critérios de conveniência e oportunidade. Porém, a expectativa de direito se converte em direito subjetivo à nomeação e posse nas hipóteses em que a Administração Pública efetiva contratações temporárias de servidores para as mesmas vagas previstas no edital do certame, especialmente nos casos em que os contratados são candidatos aprovados no concurso.

A tese foi sedimentada em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (RExt 598.099/MS)

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, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de reexame de sentença proferida em sede de mandado de segurança impetrado por Talita Meireles Flores contra ato do Prefeito do Município de Sidrolândia, MS, que julgou procedente o pedido formulado *"concedendo a segurança buscada, para fins de determinar ao impetrado que inicie, no prazo improrrogável de quinze dias a contar da intimação da presente sentença, o processo para nomeação e posse daquela ao cargo de Psicólogo - Zona Rural, sob pena de desobediência"*.

Alegou a autora, na inicial, ter sido preterida na nomeação em concurso público no qual obteve êxito na aprovação. Sustenta ter sido aprovada em 1º lugar no Concurso de Provas e Títulos para o quadro de pessoal do Município de Sidrolândia, ao cargo de Psicólogo - Zona Rural, para o qual havia previsão de 01 (uma) vaga, e que até o presente não foi nomeada.

Aduziu que, antes de ajuizar a presente, buscou junto à autoridade coatora questionamento acerca de convocação, não obtendo respostas.

Apontou ter direito líquido e certo à nomeação, eis que prevista a vaga e que esta não ocorreu, estando o concurso próximo do final de seu prazo de validade. Pediu a concessão da medida liminar para que fosse assegurada sua nomeação e, no mérito, a concessão da ordem definitiva da segurança. Juntou documentos.

A liminar foi indeferida e, determinada a notificação da autoridade coatora, esta se manteve inerte no prazo concedido.

Remetidos os autos ao Ministério Público, ofertou parecer pela concessão da segurança. Em seguida, o feito foi sentenciado e submetido ao reexame necessário.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela ratificação da sentença (f. 161-8).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de reexame de sentença proferida em sede de mandado de segurança impetrado por Talita Meireles Flores contra ato do Prefeito do Município de Sidrolândia, MS, que julgou procedente o pedido formulado *"concedendo a segurança buscada, para fins de determinar ao impetrado que inicie, no prazo improrrogável de quinze dias a contar da intimação da presente sentença, o processo para nomeação e posse daquela ao cargo de Psicólogo - Zona Rural, sob pena de desobediência"*.

Conforme relatado, alegou a autora, na inicial, ter sido preterida na nomeação em concurso público no qual obteve êxito na aprovação. Sustenta ter sido aprovada em 1º lugar no Concurso de Provas e Títulos para o quadro de pessoal do Município de Sidrolândia, ao cargo de Psicólogo - Zona Rural, para o qual havia previsão de 01 (uma) vaga, e que até o presente não foi nomeada.

Aduziu que, antes de ajuizar a presente, buscou junto à autoridade coatora questionamento acerca de convocação, não obtendo respostas.

Apontou ter direito líquido e certo à nomeação, eis que prevista a vaga e que esta não ocorreu, estando o concurso próximo do final de seu prazo de validade. Pediu a concessão da medida liminar para que fosse assegurada sua nomeação e, no mérito, a concessão da ordem definitiva da segurança. Juntou documentos.

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).

Direito líquido e certo, na expressão memorável de Hely Lopes Meirelles, *"é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...)."*[1]

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo : Malheiros, 05-2013. p. 37.

Portanto, a concessão da segurança depende da demonstração de que a autoridade impetrada tenha violado ou esteja violando direito líquido e certo do impetrante.

Em análise aos autos, conforme reconhecido pelo Magistrado de primeira instância, vê-se que ficou comprovada a existência de uma vaga (f. 35), prevista em Concurso Público de Provas e Títulos (edital e anexos à f. 16/85), bem como, a aprovação da impetrante em primeiro lugar (f. 109 e edital de f. 86/115). O concurso teve resultado definitivo publicado e homologação.

Como cediço, em se tratando de concurso público, com previsão de vagas para preenchimento nos quadros da Administração Pública, durante o prazo de validade do concurso público, é ato discricionário da Administração Pública a nomeação e posse do candidato aprovado dentro deste número de vagas, eis que há de se analisar a conveniência e oportunidade de quando ocorrerá a nomeação.

Deveras, em se encerrando tal prazo de validade, não há mais mera expectativa de direito, mas direito subjetivo à nomeação, que se converte em direito líquido e certo, eis que houve previsão da vaga quando da publicação do edital, realizou-se o certame e candidatos foram aprovados, restando o ato administrativo perfeito e acabado, não mais subsistindo a discricionariedade que inicialmente existia.

Repisa o Ministério Público que no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação. Isso porque está a Administração adstrita ao que foi estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado.

Não é outro o posicionamento de nosso Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA O MOMENTO DA NOMEAÇÃO, OBSERVADO O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.1. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, que "Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público". Assim, somente depois de expirado o prazo de validade do certame terá o candidato, aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital, violado direito líquido e certo à nomeação, a ensejar a concessão da segurança. Na hipótese dos autos, ainda vigente o certame, não há falar em direito líquido e certo à nomeação. 2. Não se identifica, ademais, a alegada preterição do candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital em razão da nomeação de outro servidor para o desempenho de função essencialmente distintas daquela almejada pelo impetrante."* (Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 11/05/2016; Data de registro: 12/05/2016).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE NO CARGO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O prequestionamento, como requisito de admissibilidade para a abertura da instância especial, é admitido não só na forma explícita, mas também implícita, não dispensando, nos dois casos, o necessário debate da matéria controvertida, o que não ocorreu. Logo, incide o enunciado 211 da Súmula de jurisprudência desta Corte. 2. A aprovação em concurso*

> *público dentro do número de vagas previstas no Edital gera, em favor do candidato, direito subjetivo líquido e certo de ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado, conforme jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, que se manifestou em sede de repercussão geral."* (RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.10.2012). Precedentes: RMS 30.539/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 25.6.2015; AgRg no RMS 28.823/MS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe 26.6.2012. 3. Agravo Regimental do Município de Buenos Aires/PE desprovido. Acórdão" (AgRg no AREsp 746558 / PE. J em 21.06.2016)

A tese foi sedimentada pelo STF, em julgamento com repercussão geral, a seguir colacionado:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. (...) V. Negado provimento ao recurso extraordinário."* (RExt 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.10.2011)

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso obrigatório, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, 08 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0007082-52.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – INTOXICAÇÃO NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL – USO DE PRODUTO QUÍMICO NO COMBATE À MALÁRIA – EXPOSIÇÃO INDEVIDA DE AGENTE À INSETICIDA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RISCO ADMINISTRATIVO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

A responsabilidade por danos causados pela Administração contra seus agentes, no exercício da função, por intoxicação devido ao manuseio de produto químico utilizado no combate à epidemias, é objetiva pelo risco administrativo.

Para fixação dos danos morais o julgador deve orientar-se pelos critérios adotados pela doutrina e pela jurisprudência, com atenção ao princípio da razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de novembro de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Fundação Nacional de Saúde - FUNASA interpõe apelação cível contra sentença (fls. 390/400) que, nos autos da ação indenizatória por danos morais ajuizada por Valdivino Bitencourt de Morais, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de indenização no valor de R$ 30.000,00, corrigidos pelo IGPM/FGV e juros moratórios de 12% ao ano.

Defende a prescrição da pretensão do autor, pois em sua inicial teria alegado que há décadas vem sofrendo problemas de saúde decorrentes da intoxicação pela manipulação da substância denominada DDT-

dicloro-difenil-trocoloetano, no exercício de suas funções de agente de saúde, ou seja, muito antes do ajuizamento da demanda que correu em 18 de dezembro de 2001.

Alega que agiu no exercício regular de direito, na medida que era atribuição da extinta SUCAM o combate e a prevenção a vetores endêmicos, inclusive malária, razão pela qual utilizou produtos, entre eles, o DDT, mediante expressa autorização dos órgãos estatais da saúde.

Assevera que a responsabilidade objetiva não se aplica ao presente caso, eis que ela só se dirige à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público que cause danos a terceiros por meio de ato de seus agentes.

Aduz que submeteu o autor previamente e de forma sistemática a treinamentos e capacitações no manuseio do DDT e de outros agentes químicos e ainda disponibilizou equipamentos de proteção individual.

Alega que foi diligente no que tange às ações preventivas relacionadas aos trabalhadores envolvidos em atividades que envolviam algum grau de risco, realizando avaliações clínicas, inclusive anamnese ocupacional, exame físico e mental e exames complementares.

Mencionou que o autor recebia adicional de insalubridade.

Sustenta que estudo médico-científico concluiu que eventuais sintomas ou doenças observadas em agentes públicos expostos ao DDT são relacionados a causas diversas, sem qualquer vinculação direita à respectiva substância, tais como alcoolismo, uso de drogas, obesidade, hipertensão arterial, distúrbios cardiovasculares, entre outros.

Defende não existir liame causal entre o dano e a exposição do autor ao DDT e que esse produto é mais seguro que muitas outras substâncias químicas de uso geral doméstico.

Prequestiona dispositivos constitucionais e legais.

Pugna, ao final, pelo reconhecimento da prescrição e extinção do feito, e acaso rejeitada, seja dado provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido inicial ou, subsidiariamente, seja reduzido o *quantum* fixado na sentença a título de danos morais.

O autor foi intimado, mas não apresentou contrarrazões (fl.446).

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Exsurge deste caderno que o magistrado julgou procedente o pedido de indenização por danos morais proposto por Valdivino Bitencurt de Morais contra a Fundação Nacional da Saúde, fixando o montante de R$ 30.000,00 a título de ressarcimento em decorrência de ter sofrido intoxicação pelo veneno denominado DDT, enquanto atuava como agente de saúde na extinta SUCAM, no combate à malária.

O autor iniciou seu trabalho na SUCAM em janeiro de 1975 atuando no combate à malária e outras epidemias, motivo pelo qual, em razão do exercício de suas funções, esteve em contato com um produto químico denominado DDT, um organoclorado tóxico para o organismo.

A ré não nega que o autor tenha sido exposto ao produto químico, tampouco que sofreu prejuízos à sua saúde, contudo, aduz que não existe liame causal entre o dano e a exposição do autor ao DDT, bem assim que a pretensão está prescrita e que a responsabilidade não é objetiva no presente caso,

acrescentando ter agido no exercício regular de direito e que o autor recebia adicional de insalubridade e equipamentos de proteção.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal em tela não comporta guarida.

Da Prescrição.

Por questão de prejudicialidade, passo à análise do pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão do autor e a consequente extinção do processo.

A apelante afirma que o próprio autor admitiu sofrer, há décadas, de problemas de saúde decorrentes da intoxicação pela manipulação da substância denominada DDT-dicloro-difenil-trocoloetano, no exercício de suas funções de agente de saúde.

Assim, por considerar que o prazo quinquenal teria ultrapassado em muito a data do ajuizamento da demanda, que ocorreu em 18 de dezembro de 2001, pugnou pelo reconhecimento da prescrição.

No entanto, o pleito não pode prosperar. Ora, o fato de o autor ter mencionado que há muito sofre por conta da inalação de produtos tóxicos não significa dizer que à época tivesse plena ciência da correlação com as patologias apresentadas.

Como bem asseverou o sentenciante:

> *"o documento de fls.32 que embasa a pretensão inaugural demonstra que o resultado do exame, através do qual se constatou a contaminação pela substância venosa denominado DDT e, portanto, o fato constitutivo do direito autoral, foi conhecido em 31/janeiro/2000, enquanto a ação, inicialmente proposta junto à Justiça Obreira, foi distribuída em 18/dezembro/2001" (fl.393).*

Além disso, o atestado firmado em 16 de março de 2000, pelo médico Luiz Guilherme Júnior, dá conta de que o apelado *"apresentou quadro clínico e laboratorial compatível com intoxicação crônica por inseticidas"* (fl.33).

Conclui-se, portanto, que foi por meio da realização desses exames especificamente que o autor tomou ciência inequívoca de que as substâncias químicas utilizadas no exercício de sua atividade ao longo de anos é que teriam lhe causado danos à sua saúde.

A apelante, por sua vez, não produziu prova alguma em sentido contrário, que demonstrasse conhecimento prévio por parte do autor do liame causal entre os malefícios causados à sua saúde e a utilização de substâncias químicas em seu trabalho.

Em sentido oposto, o autor instruiu o feito com documentos fidedignos comprobatórios da intoxicação e que foram expedidos somente no ano de 2000, data em que tomou ciência da gravidade de sua patologia.

Nesse contexto, incide à espécie a Súmula nº 278 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral"*.

Com efeito, se o autor tomou conhecimento da intoxicação em seu organismo no ano de 2000 e logo ajuizou demanda, no ano de 2001, não há falar em prescrição de sua pretensão, porquanto não ultrapassado o lapso temporal previsto para a situação, razão pela qual deve ser mantida a sentença neste ponto.

Responsabilidade Civil.

Como cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, § 6º, estabelece que:

> *"(...) 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."*

Trata-se de responsabilidade objetiva, exigindo-se, para a responsabilização do ente estatal, tão-somente a verificação do nexo causal (causa e efeito) entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente, independentemente da verificação da culpa *(teoria da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo)*.

José dos Santos Carvalho Filho, discorrendo sobre o assunto, giza que *o Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. - 23ª ed., rev., ampl., e atualizada até 31.12.2009. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010. p. 612).

Sobre o tema, frise-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO (ART. 5º, XLIX, CF/88). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. SÚMULA 07/STJ.*
>
> *O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos.*
>
> *Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.*
>
> *2. A aferição acerca da ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interditada em sede de recurso especial por força da Súmula 07/STJ. Precedentes desta Corte: RESP 756437/AP, desta relatoria, DJ de 19.09.2006; RESP 439506/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 01.06.2006 e RESP 278324/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006.*
>
> *3. 'In casu', o Juiz Singular e Tribunal local, com ampla cognição fático-probatória, concluíram pela obrigação de indenizar do Estado, ao argumento de que o ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF,art. 5º, XLIX) sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente.*
>
> *4. Recurso especial desprovido."* (Resp 936342/ES – Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux – 1ª Turma - data do julgamento 11/11/2008 - data da publicação/Fonte DJe 20/05/2009).

No caso versando, trata-se de dano causado pela Administração a um de seus agentes, por meio da exposição à substância tóxica no exercício do trabalho, com a consequente intoxicação, situação que configura flagrante violação ao direito constitucional à saúde.

Aliás, o próprio cenário estampado nos autos, por si só, seria o bastante para presumir o dano à moral suportado pelo apelado, sobretudo em razão da ciência, por meio de exame realizado no Instituto Adolfo Lutz, da existência de resíduos de pesticidas em seu organismo, em valores deveras superior ao suportável.

O boletim de análise estampado à fl.32 aponta nível 15,16 de DDT para um limite de quantificação suportável de 0,16, o que levou, inclusive, à emissão de atestado em que se noticia quadro clínico e laboratorial do autor compatível com intoxicação crônica.

Não bastasse, há prova de que a intoxicação do autor ocorreu sobretudo em razão da manipulação e exposição direta por muitos anos ao inseticida DDT, conforme se vê do tópico '2' do laudo de fl.126.

A propósito, nesse ponto destacou o magistrado primevo:

> *No caso sub judice, é irrelevante para o deslinde da demanda que a Ré tenha ou não fornecido equipamentos de proteção individual ao seu funcionário, pois, independentemente da utilização ou não desses equipamentos, está suficientemente demonstrado que a contaminação e a intoxicação experimentadas pelo organismo do autor foram causadas pela manipulação da substância química venenosa, durante o exercício de suas funções, enquanto agente de saúde da extinta SUCAM.*
>
> *(...)*
>
> *Com efeito, é importante ainda destacar que apesar de ciente dos riscos da contaminação, intoxicação e dos potenciais danos que poderia causar ao organismo de seus agentes, a ré assumiu o risco de produzir o dano ao determinar que utilizassem e manipulassem a referida substância química, cujo altíssimo grau de periculosidade para o ser humano e para o meio ambiente, já eram conhecidos à época, tanto que seu uso foi proibido nos Estados Unidos no ano de 1972.*
>
> *Independentemente da comprovação ou não dos danos físicos efetivamente experimentados pelo autor, tão somente o fato de ter sido exposto aos efeitos nocivos da substância e por ela contaminado e/ou intoxicado, é suficiente para presumir-lhe a apreensão, a angústia, a preocupação e a ansiedade com a possibilidade de vir a desenvolver doenças sérias. A contaminação em tela certamente retira a paz de espírito de qualquer pessoa, abala sua auto-estima, de modo que, independentemente da constatação ou não de danos irreversíveis à saúde, enseja a reparação deste sofrimento moral"*

Enfim, os danos morais em situações desse jaez são presumidos, porquanto indubitável o significativo abalo experimentado pela vítima e familiares, diante do conhecimento da existência de substância tóxica no organismo do autor, em níveis elevados e de forma crônica, com os desdobramentos inerentes, inclusive emocionais e psicológicos.

Acrescente-se que a intoxicação ocorreu independentemente de ter ou não o autor sido submetido às cogitadas ações preventivas que a apelante assevera ter realizado, o que não exime a sua culpa, por razões óbvias.

E mais, o fato de o autor ter percebido adicional de insalubridade somente reforça a ideia de sua exposição a produtos químicos. De outro lado, nem se cogite que o referido adicional pudesse servir-lhe

como indenização, posto que o benefício em questão possui natureza salarial, com reflexos nas férias, 13º salários e FGTS (TRT-1 - RO: 00008991220105010481 RJ, Relator: Roberto Norris, Data de Julgamento: 06/10/2015, Quinta Turma, Data de Publicação: 20/10/2015).

Gize-se, nesse tom, o posicionamento deste Tribunal de Justiça em caso análogo:

> *"EMENTA - REEXAME NECESSÁRIO - OBRIGATORIEDADE - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - JUROS MORATÓRIOS - PERCENTUAL DE 6% AO ANO ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/09 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se a matéria deduzida comporta reexame obrigatório, e o juiz apenas envia os autos pelo recurso voluntário, cabe ao tribunal conhecer, de ofício da remessa obrigatória. Havendo condenação da Fundação Pública por danos morais, deverá incidir sobre a indenização juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação até a entrada em vigor da Lei Federal n. 11.960, de 29 de junho de 2009, quando deverão ser observados para fins de atualização monetária e compensação da mora os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a incidirem uma única vez, até o efetivo pagamento. APELAÇÃO DA FUNASA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ACIDENTE DE TRABALHO - MANUSEIO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS (DDT) - NÃO FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - LAUDO PERICIAL QUE APONTA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A EXPOSIÇÃO ÀS SUBSTÂNCIAS TÓXICAS E OS SINTOMAS DENUNCIADOS - DANO MORAL CONFIGURADO - TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - SÚMULA 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A alegação de incompetência absoluta em sede recursal deve ser rejeitada quando, no decorrer da instrução, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito no julgamento de conflito de competência suscitado pela Justiça Federal, restando confirmada a competência da Justiça Estadual para o deslinde do feito. A presença da substância tóxica (DDT) no sangue **é,** por si só, motivo de preocupação e abalo na esfera intrapsíquica do indivíduo, notadamente quando há risco efetivo de desencadeamento de inúmeras doenças e quadro clínicos irreversíveis. O grave risco à saúde a que foram expostos os agentes da Fundação Pública em razão do não fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI), necessários à atividade desempenhada, já é motivo suficiente para indenização por dano moral, ainda que anos depois exames apontem por sorte a inexistência de qualquer moléstia. Tratando-se de responsabilidade derivada de vínculo estatutário, portanto de natureza contratual, o termo inicial de incidência da correção monetária é o arbitramento da indenização por dano moral. Inteligência da Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça. APELAÇÃO DOS AUTORES – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INVIABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Não há que cogitar-se da majoração dos valores arbitrados a título de danos morais quando fixados nos limites da razoabilidade e proporcionalidade frente as circunstâncias informadas na questão. Por tratar-se de responsabilidade de natureza contratual (vínculo estatutário), o termo inicial dos juros moratórios da indenização por dano moral é à partir da citação (art. 405 do Código Civil). Há sucumbência recíproca quando a parte autora resta vencedora no pedido de dano moral, porém, vencida na parte em que pleiteava dano material. Os honorários advocatícios, como arbitrados, não destoam do limite estabelecido pela norma de regência (CPC, art. 20, § 3º), expondo, ao contrário, uma*

> *correta estimativa realizada pelo juízo de primeiro grau, daí por que não prospera a alegação de que retratam importância aviltante."* (Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/02/2013; Data de registro: 11/03/2013).

Quantum Indenizatório.

No tocante ao *quantum*, é cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para a sua especificação, razão pela qual deve-se lançar mão de critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, de forma a fixá-lo com moderação para que não seja tão elevado a ponto de ensejar enriquecimento sem causa da vítima, tampouco reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o causador do dano.

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando-o 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 fatores 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"* (Arnaldo Rizzardo apud Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

De tal sorte, o dano moral deve ser fixado de maneira equitativa e em conformidade com a extensão do prejuízo, a teor do que dispõe o artigo 944 da Lei Substantiva Civil, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, tampouco exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

O valor da indenização, portanto, representa quantia proporcional à ofensa e contempla o caráter compensatório e pedagógico da sanção, como também evita-se a perspectiva de enriquecimento ilícito do beneficiário, tendo em conta os critérios relativos à natureza e à extensão dos prejuízos e à condição pessoal das partes.

Nesse panorama, sem tecer comentários sobre a suficiência do valor arbitrado, mormente pelo impedimento de piorar a situação da recorrente (*non reformatio in pejus*), não há, no caso enfocado, razoabilidade no pleito de minoração da quantia fixada a título de danos morais no importe de R$ 30.000,00.

Do prequestionamento.

No que tange ao prequestionamento, é assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Frise-se, a respeito, aresto emanado da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> *"O julgador não precisa responder, um a um, todos os pontos apresentados. Não há necessidade, outrossim, de expressa menção a todos os dispositivos legais invocados pelas partes. Importa é que todas as questões relevantes sejam apreciadas."* (REsp 844.778/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2007).

Diferente não é o entendimento adotado neste Areópago:

> *"A especificação dos dispositivos legais que embasam a decisão judicial não é requisito essencial da sentença ou do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se as matérias foram apreciadas e julgadas em sua inteireza."* (Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo nº 2008.034106-5/0002-01, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Turma Cível, j. 05.05.2009).

> *"A ausência de menção expressa sobre determinado dispositivo legal não caracteriza omissão alguma no julgado a ser solucionada em sede de embargos declaratórios, mormente quando houve apreciação de toda matéria articulada no recurso."* (TJMS - Embargos de Declaração em Apelação Cível - N. 2009.003800-6/0001-00 - Campo Grande – Rel. Des. Rêmolo Letteriello - 4ª Turma Cível – J. 05.05.2009).

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume o *decisum* objurgado.

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. 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, 09 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801077-05.2013.8.12.0015 - Miranda
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – PODA DE GRAMA COM ROÇADEIRA – ARREMESSO DE PEDRA NO PEDESTRE – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO CONFIGURADA – DANOS MATERIAIS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Para reconhecimento da responsabilidade objetiva é necessário o preenchimento dos requisitos a seguir elencados: dano; ação ou omissão administrativa; nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; inexistência de excludente de responsabilidade estatal.

Restando comprovado que a lesão ocular que sofreu a parte autora, conforme alegado por esta e corroborado pelos documentos e depoimentos de testemunhas acostados aos autos, foi ocasionada pela conduta negligente dos servidores municipais que realizaram a poda e capinagem do canteiro sem a utilização de rede de proteção ou qualquer outra medida de segurança, resta configurada a responsabilidade civil objetiva do Município.

Configurada a responsabilidade civil do município, se afigura inafastável o dever de reparação pelos danos materiais.

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, 17 de novembro de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Nelci Maria Triches Bragas interpõe apelação cível contra sentença (fls. 87/92) que, nos autos da Ação Ordinária de Reparação de Danos Materiais que move em face do Município de Miranda, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o município ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 4.228,07 (quatro mil, duzentos e vinte e oito reais e sete centavos). Diante da sucumbência reciproca, condenou cada parte a arcar com metade das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Sustenta que a sua pretensão merece total acolhida, uma vez que o suporte fático para reconhecimento da responsabilidade civil do Estado restou plenamente demonstrado.

Argumenta ser absurda a tese adotada pelo sentenciante de que a autora teria agido com imprudência ao passar pelo local onde estava sendo realizada a poda da grama, sendo ônus do município a adoção de medidas de segurança para a realização dessa atividade em vias públicas.

Prequestiona o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e, ao final, requer a reforma da sentença para, reconhecendo a responsabilidade objetiva do município, condená-lo ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 8.883,00 (oito mil, oitocentos e oitenta e três reais), bem como ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocaticios.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Exsurge da proemial que na data de 15.04.2013 a requerente/apelante trafegava pela Avenida João Pedro Pedrossian, quando foi atingida por uma pedra lançada pela roçadeira utilizada pelos funcionários da prefeitura para realizar a poda da grama do canteiro, vindo a sofrer trauma ocular com luxação do cristalino

Diante disso, ajuizou a presente ação, pretendendo receber indenização por danos materiais.

O magistrado de origem, reconhecendo ter a vítima agido com imprudência por não ter tido o mínimo de atenção ao transitar pelo local, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o município ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 4.228,07 (quatro mil, duzentos e vinte e oito reais e sete centavos), correspondente à metade do valor inicialmente requerido.

A recorrente interpôs recurso de apelação argumentando ser ônus do município a adoção de medidas de segurança para a realização dessa atividade em vias públicas.

Em síntese, a questão devolvida reside na análise da responsabilidade civil do Município de Miranda.

Nada obstante o respeito devido ao posicionamento esposado pelo sentenciante, a pretensão recursal em tela comporta guarida.

Remessa necessária

Mister se faz salientar, inicialmente, que, tratando-se de sentença ilíquida prolatada contra a Fazenda Pública Municipal, se afigura inafastável o disposto no artigo 475, I, do Código de Processo Civil, consoante, aliás, realçado pela Súmula 490 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas".*

Assim, conheço, de ofício, do reexame necessário.

Da responsabilidade civil e do dever de indenizar

Como cediço, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, § 6º, estabelece que:

> *"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".*

Trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente estatal responde pelos atos lícitos e ilícitos praticados por seus agentes que causarem danos aos administrados, independente de demonstração de culpa.

Acerca da teoria do risco administrativo, leciona Alexandre de Moraes:

> *"Essa teoria faz surgir a responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Para essa teoria, importa a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente"* [1]

Desta feita, para reconhecimento da responsabilidade objetiva é necessário o preenchimento dos requisitos a seguir elencados: (1) dano; (2) ação ou omissão administrativa; (3) nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; (4) inexistência de excludente de responsabilidade estatal.

Observe-se que há limites para a responsabilização estatal, que pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito e comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Pois bem, transportando tais conceitos para o caso em testilha, infere-se que a lesão ocular que sofreu a parte autora, conforme alegado por esta e corroborado pelos documentos e depoimentos de testemunhas acostados aos autos, foi ocasionada pela conduta negligente dos servidores municipais que realizaram a poda e capinagem do canteiro sem a utilização de rede de proteção ou qualquer outra medida de segurança.

Resta, portanto, incontroverso que o dano foi causado por uma pedra, arremessada por uma máquina de cortar grama de propriedade do Município/apelado.

Com efeito, a testemunha Emerson de Souza Arguelho (fl. 76) foi enfática ao afirmar que, no local onde a poda estava sendo realizada, não existia tela de proteção ou qualquer sinalização que indicasse perigo aos pedestres.

Descurada conduta acabou por ocasionar o acidente envolvendo a apelante, que suportou as lesões em seu olho, com necessidade de realização de cirurgia para retirada do cristalino luxado (fl. 13).

Outrossim, inexistindo excludente de ilicitude a ser reconhecida, remanesce a responsabilidade pela reparação dos danos ocasionados.

Não há que se falar que, *in casu*, trata-se de caso fortuito ou que houve culpa da vítima como entendeu o magistrado de origem, pois é ônus do município adotar medidas de segurança para prevenir acidentes como o descrito.

Aliás, a experiência cotidiana informa ser relevante o número de acidentes semelhantes quando a municipalidade promove o corte de grama e capina em via pública, se fazendo imprescindível a utilização de tela de proteção, frente à possibilidade de arremesso de pedras e outros objetos que se encontrarem ocultos nos canteiros.

Assim, entendo ser insensato afirmar que a autora manteve conduta imprudente ou que tenha contribuído para a ocorrência da lesão, devendo, portanto, o município ser condenado a arcar com a totalidade da indenização por danos materiais, como requerido inicialmente.

Ademais, vale ressaltar que, ainda que se atribuísse a responsabilidade civil subjetiva em caso de dano causado por omissão, como fez o magistrado de origem, de igual forma o município há de ser responsabilizado.

1 **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 898).

Nesse eito, para configuração do dever de reparação da Municipalidade em decorrência do acidente noticiado nos autos, devem ser comprovados o fato administrativo, o dano, o nexo direto de causalidade e a culpa.

Com efeito, restou comprovada a negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado ao realizar a poda do canteiro sem adotar as medidas de segurança necessárias.

A propósito, a construção emanada do Tribunal de Justiça gaúcho sobre o tema:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. CORTE DE GRAMA COM MÁQUINA ROÇADEIRA. ARREMESSO DE PEDRA CONTRA A CABEÇA DA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. DANO MORAL CONFIGURADO. Aresponsabilidade na presente hipótese é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal. A prova dos autos é suficiente para comprovar o nexo causal, bem como os danos que resultaram à demandante em razão da pedra arremessada por um trator de propriedade do Município réu, quando do corte de grama das calçadas. Não logrou êxito o réu em comprovar a presença de alguma das excludentes do dever de indenizar. Não merece guarida o pedido de ressarcimento de despesas futuras porque não restou devidamente comprovada a necessidade e/ou espécie de tratamento que a autora devesse receber no futuro. A autora sofreu inúmeros problemas decorrentes do infortúnio, não tendo a sua vida seguido o curso natural após o acidente, razão pela qual são devidos danos morais. Fixação do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. Indenização fixada em R$ 15.300,00, consoante os parâmetros utilizados por esta Câmara Cível em situações análogas. Sentença explicitada. apelações desprovidas".* (Apelação Cível nº 70034148288, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/05/2010)

> *RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. CORTE DE GRAMA COM MÁQUINA. ARREMESSO DE PEDRA CONTRA A CABEÇA DA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANO MORAL CONFIGURADO. A responsabilidade na presente hipótese é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal. A prova dos autos é suficiente para comprovar o nexo causal, bem como os danos que resultaram à demandante em razão da pedra arremessada por uma máquina de cortar grama do Município réu, quando do corte de grama das calçadas. Não logrou êxito o réu em comprovar a presença de alguma das excludentes do dever de indenizar. Não merece guarida o pedido de ressarcimento de danos materiais, posto não comprovada a relação com o evento danoso. Não se faz necessária a comprovação quanto aos danos morais sofridos, pois é inegável a repercussão da ofensa, diante de uma situação como a ora analisada. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.* (Apelação Cível nº 70045390887, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 16/02/2012)

Patente, portanto, a responsabilidade civil do município, e diante da comprovação dos fatos alegados, se afigura inafastável o dever de reparação pelos danos materiais decorrentes da lesão ocular ocasionada, necessitando de intervenção cirúrgica para recuperação total da visão.

Nesse diapasão, aliás, o entendimento vislumbrado neste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA-APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - QUEDA DE PEDESTRE EM VALETA ABERTA EM VIA PÚBLICA E MAL SINALIZADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA -*

> *AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL -INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO - RECURSO DA RÉ IMPROVIDO. A responsabilidade civil das empresas concessionárias de serviço público rege-se pela responsabilidade objetiva, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Aberta valeta em via pública, a concessionária tem o dever de sinalizá-la para evitar a queda de pedestres. Assim não o fazendo, independentemente de culpa, responde pelo dano causado ao pedestre que caiu na valeta e sofreu fratura do tornozelo, devendo pagar danos morais, uma vez não evidenciada culpa exclusiva do pedestre e a inexistência de excludentes da responsabilização. Recurso conhecido e improvido."* (AC 0070501-54.2009.8.12.0001, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/05/2014; Data de registro: 16/07/2014).

No que tange ao *quantum* indenizatório, apesar de o pedido inicial ser no valor de R$ 8.883,00 (oito mil, oitocentos e oitenta e três reais), como bem destacado na sentença apelada, as notas e recibos acostados aos autos somam o valor de R$ 8.456,15 (oito mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e quinze centavos), devendo neste montante ser a condenação.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reconhecendo a responsabilidade civil do Município de Miranda, condená-lo ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 8.456,15 (oito mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e quinze centavos). Por corolário, condeno o município a arcar integralmente com o ônus sucumbencial.

Outrossim, determino à Secretaria Judiciária que proceda à retificação da distribuição em face da apreciação, de ofício, da remessa necessária.

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, 17 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800665-18.2015.8.12.0011 - Coxim
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EXIGINDO ASTREINTE – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE NULIDADE DA INTIMAÇÃO – ENDEREÇADA AO PROCURADOR DO ESTADO – DEVER CONSTITUCIONAL À SAÚDE – CONDUTA RECALCITRANTE – MULTA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não há que se falar em nulidade da intimação para cumprimento de decisão judicial para fornecimento de medicamento dirigida ao órgão de defesa judicial do Estado, máxime porque o ato atingiu a sua finalidade jurídica, situação apta a configurar a mora necessária para a exigência da astreinte.

Sem guarida a alegação de nulidade se não demonstrado o efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), sobretudo em razão do impedimento de posterior suscitação, no momento que parece mais conveniente à parte, o que configura a nulidade de algibeira ou de bolso, que é veementemente rechaçada pela ordem jurídica pátria.

O Poder Público tem o dever constitucional de assegurar a todos o direito à saúde (art. 196 da CF) e não pode se valer de argumentos burocráticos para justificar sua conduta recalcitrante consistente na escusa de cumprir decisão judicial que visa assegurar a garantia alusiva à saúde.

Afigura-se necessário manter o cumprimento de sentença de astreinte, pois fixada em atenção à proporcionalidade e razoabilidade, ante a patente conduta renitente do executado em não atender o comando judicial, o que visa, ainda, garantir o cumprimento de obrigação de fazer para fornecimento de medicamento.

Desnecessária a manifestação expressa no julgado sobre dispositivos legais invocados pelas partes.

Sentença mantida. 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2016.

Juiz Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação contra sentença (fls.79/80) que julgou improcedentes os pedidos formulados nos embargos à execução manejados em desfavor de Carmelita Ferreira Leite.

Suscita, preliminarmente, nulidade da intimação para cumprimento da obrigação de fornecimento de medicamento, na medida em que o representante judicial do Estado não é quem deve cumprir a ordem judicial em questão, mas, sim, o Secretário Estadual de Saúde, através de intimação pessoal.

Acrescenta, então, que não se configura mora a ensejar o cumprimento de sentença de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer.

Sustenta, ademais, que a demora na entrega dos medicamentos justifica-se em razão de entraves burocráticos impostos por lei.

Assevera que o Estado ficou responsável pelo fornecimento do medicamento *Inellare*, o qual teve atraso por poucos meses, ao passo que o Município de Coxim pelo fármaco *Osteoban*, de modo que, se em relação a este último houve demora, a culpa é exclusivamente do ente municipal.

Destaca que a manutenção da execução da astreinte ofende a razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo ao se considerar o valor dos medicamentos pleiteados, situação que configura enriquecimento sem causa da apelada.

Prequestiona dispositivos legais.

Pede, ao final, o provimento do recurso para reformar o *decisum* e julgar procedentes os embargos, excluindo-se a multa objeto do cumprimento de sentença.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de insurgência recursal manifestada contra sentença de improcedência proferida em embargos à execução manejados pelo Estado de Mato Grosso do Sul com o fito de extinguir multa exigida em cumprimento de sentença proposto por Carmelita Ferreira Leite em razão de descumprimento de decisão judicial consistente em obrigação de fazer para fornecimento de medicamento.

O recurso não comporta guarida.

Quanto à nulidade da intimação por ausência de prévia intimação pessoal do Secretário Estadual de Saúde para cumprimento da obrigação de fazer, não assiste razão ao recorrente.

Isso porque a própria conduta do apelante no processo é contrária à tese de nulidade de intimação.

Não se controverte que houve intimação por meio de carta precatória, ocorre que a insurgência diz respeito a quem deveria ser intimado para cumprimento da obrigação de fornecer o medicamento.

O recorrente sustenta a necessidade de intimação do Secretário Estadual de Saúde, ao passo que o ato foi realizado no órgão de representação judicial do Estado.

Ressalto, inicialmente, a desnecessidade de intimação da autoridade pública, máxime porque o ato atingiu a finalidade a qual se destinava, tanto é que houve cumprimento parcial da obrigação para fornecimento de medicamento, de modo que se torna paradoxal, neste momento, argumentar que a intimação é nula.

A propósito, frise-se a construção jurisprudencial:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDICAMENTOS - PRELIMINAR - IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DO ESTADO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA PACIENTE GRÁVIDA PORTADORA DE TROMBOEMBOLISMO PULMONAR - FORNECIMENTO GRATUITO DO MEDICAMENTO CLEXANE 40MG - VEROSSIMILHANÇA E PERIGO DE DANO EVIDENCIADOS - POSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM FACE DO ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO COL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art.7º, inciso III da Lei Complementar nº 30/1993* ***compete ao Procurador Geral do Estado receber intimação acerca de toda ação ajuizada contra o Estado, de tal sorte que se o ente estatal teve conhecimento da decisão, inclusive manifestando a resistência nos autos, não há que se falar na ocorrência de prejuízo ao ente público, tampouco em impropriedade da determinação, uma vez que esta atingiu o fim ao qual se propôs.*** *2. É cediço que o art. 23, inciso II, da Constituição da República, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Municípios no que tange a saúde e assistência pública, razão pela qual a responsabilidade, entre os integrantes do sistema, é solidária 3. A demonstração da imprescindibilidade e urgência do medicamento prescrito induz à procedência do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, mormente a se considerar que se trata de paciente grávida cujo estado de saúde é debilitado. 4. Conforme jurisprudência dominante do Col. Superior Tribunal de Justiça é cabível a cominação de multa diária em face do ente público, como forma de assegurar o cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa, conforme o disposto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. 5. Recurso desprovido."* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0194.13.005138-7/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/03/2014, publicação da súmula em 07/04/2014).

> *"De efeito, na atual sistemática do Código de Processo Civil, o título executivo judicial que corporifica obrigação de fazer já possui carga executiva, com o que os atos de execução se desenvolvem nos próprios autos do processo de conhecimento, não havendo, para tanto, nova citação, mas, sim, mera intimação do devedor. Nesse contexto, não há como se tachar de nula a comandada intimação pessoal do Procurador-Geral do Estado a dar cumprimento à obrigação de fazer constituída no âmbito do AI 70052931177, pois não só está legitimado, por força de lei (LC-RS 11.742/2002), a exercer a representação judicial do réu, como inclusive a receber citação, o que constitui um minus frente ao ato da intimação."* (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70065349730, Quarta Câmara Cível, Relator: Ricardo Bernd, Julgado em 27/01/2016).

Aliás, ainda que se aceite que a intimação deveria ter sido na pessoa do Secretário Estadual de Saúde, o apelante, quando se manifestou nos autos acerca da decisão que antecipou o fornecimento do medicamento, poderia ter ventilado a pretensa nulidade.

Há de se destacar que o apelante suscita nulidade sem ao menos indicar qual o prejuízo sofrido.

Aplica-se ao caso a expressão advinda do Direito Francês e conhecida no aforismo como *pas de nullité sans grief,* a qual foi incorporada e elevada ao *status* de princípio nas diversas esferas do Direito Brasileiro.

Também denominado de princípio da ausência do prejuízo ou, ainda, da transcendência, o adágio francês tem o escopo de mitigar o excesso de formalidade com o objetivo de conferir maior aproveitamento aos atos processuais.

Sobre o tema, colhe-se o escólio de Rui Portanova:

> *"Caso haja um ato cuja nulidade não chegou a tolher a liberdade de atuação de qualquer dos postulantes, não há prejuízo. Logo, não cabe falar em nulidade.(...)*
>
> *É evidente a correlação entre o princípio do prejuízo e o princípio da finalidade e o do aproveitamento. Em todos, prevalece o interesse público em salvar o processo, exceto nas hipóteses em que a falta de forma afronta e prejudica o próprio interesse protegido." (Princípios do Processo Civil, 8ª ed., Livraria do Advogado, 2013, p. 192/193).*

Não fosse isso, sabe-se que, consoante insculpido no artigo 245, *caput*, do Código Buzaid (plenamente aplicável ao caso, porquanto sob sua égide foram praticados os atos processuais):

> *"Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão."*

Por corolário, se o apelante não ventilou a nulidade, oportunamente, no primeiro momento que falou nos autos, a questão concernente à falta de intimação restou acobertada pelo manto da preclusão, sobretudo porque o ato atingiu o objetivo, o que impede a parte de arguir o prejuízo quando lhe parecer mais conveniente, devendo suportar o ônus decorrente de sua inércia.

Inaceitável que o apelante deixe para arguir a pretensa nulidade em momento futuro, quando melhor lhe parecer, porquanto tal conduta é veementemente rechaçada pela ordem jurídica pátria.

Referida prática também é conhecida na construção jurisprudencial dos Tribunais de Superposição como nulidade de algibeira ou de bolso.

A respeito, frisem-se os seguintes precedentes da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> *"O Poder Judiciário não pode compactuar com a chamada nulidade guardada, em que falha processual sirva como uma 'carta na manga', para utilização eventual e oportuna pela parte, apenas caso seja do seu interesse." (Pet 9.971/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).*
>
> *"A existência de substabelecimento anulável não pode ser utilizado como uma carta na manga para ser utilizado no momento processual oportuno. Conclusão decorrente do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza."* (AgRg no REsp 841.818/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010).
>
> *"'A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada nulidade de algibeira ou de bolso'* (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)." (AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015).
>
> *"A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada 'nulidade de algibeira ou de bolso'."* (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014).

Assim, afasto a alegação de nulidade da intimação para cumprimento da obrigação de fazer, de modo que resta configurada a mora necessária para a exigência da astreinte.

No que se refere à alegação de entraves burocráticos e à culpa do ente municipal para fornecimento de um dos medicamentos, melhor sorte não ampara o apelante.

Como cediço, o Poder Público tem o dever constitucional de assegurar a todos o direito à saúde (art. 196 da CF) e não pode se valer de argumentos burocráticos para justificar sua conduta recalcitrante consistente na escusa de cumprir decisão judicial que visa assegurar a garantia alusiva à saúde.

A toda evidência, verifica-se que o Estado-recorrente não tem outro objetivo senão se eximir de suas responsabilidades constitucionais no que se refere ao dever de facilitar o acesso do cidadão ao direito fundamental à saúde pública.

Aliás, a responsabilidade dos entes federativos decorre de competência comum (art. 23, II, e 198, CF), afigurando-se, por consectário, solidária a assistência à saúde pela União, Estados e Municípios, sendo possível o ajuizamento de ações para fornecimento de medicamentos em face de todos, de alguns ou de apenas um.

Nesse panorama, a competência comum a todos os entes da Federação impede que, em detrimento de direito fundamental assegurado pela *Lex Mater*, sejam invocados institutos processuais com o único intuito de se eximir da responsabilidade de cumprir decisão judicial que assegura ao cidadão o acesso à saúde, máxime diante da obrigação solidária.

Ademais, relativamente à alegação de ofensa à proporcionalidade e razoabilidade na fixação da multa por descumprimento da decisão judicial, igualmente, o reclamo não prospera.

Ressalta-se que a matéria, inclusive, já foi analisada em sede de recursos anteriormente interpostos, na fase de conhecimento, pelo ora apelante, ocasião, aliás, em que a periodicidade da multa foi limitada a 30 dias.

Contudo, diante do entendimento de que a multa não está protegida pela coisa julgada material e que o julgador está autorizado, até mesmo de ofício, a revê-la, seja o valor ou a periodicidade, ou extirpá-la, passa-se a apreciação do pedido recursal.

Com efeito, não se discute que houve demora muito superior aos 30 dias para fornecimento dos medicamentos constantes da sentença, tanto é que o apelante apresenta argumentos no intento de justificar sua conduta.

Inclusive, destaca-se o fato de que a recorrida teve de instaurar novo cumprimento de sentença (nº 0001026-68.2015.8.12.0011) em razão da renitência do apelante para cumprir a ordem judicial no sentido de propiciar os fármacos enfocados.

Nesse panorama, não há motivo que ampare o pleito de exclusão da multa diária de R$ 300,00 fixada e limitada a 30 dias, tendo em vista que, de fato, houve descumprimento da ordem judicial.

Até porque a *astreinte* foi fixada de acordo com os parâmetros legais, o que afastar a pretensa ilegalidade arguida.

Além disso, a incidência da multa decorre da própria conduta recalcitrante do apelante em não atender em tempo o comando judicial.

Enfim, bastaria o cumprimento da ordem judicial, o que não implicaria na incidência da *astreinte*.

Outrossim, a quantia fixada por dia de descumprimento e limitada ao período de 30 dias sequer se afigura excessiva e, de todo modo, obedece aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade inerentes à espécie, mormente ao se avaliar o bem jurídico aqui em discussão (direito à saúde e à vida).

Sobre o tema, colhe-se o escólio de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

> *"A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos. (...) A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. Também por ser coercitiva, a priori ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre com a cláusula penal (art. 412 do Código Civil)."* (Curso de Direito Processual Civil, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2ª ed., vol. 2, 2008, p. 408-409).

No mesmo diapasão, aliás, é a construção jurisprudencial do Tribunal da Cidadania. Frise-se:

> *"É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la a fornecer medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas. Precedentes."* (STJ - AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

> *"Revela-se possível a imposição de multa cominatória (astreintes) com o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer da Fazenda Pública, consistente no fornecimento de medicamentos. Precedentes do STJ."* (STJ - REsp 1183180/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/04/2010, DJe 19/05/2010).

> *"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde."* (REsp nº 1.488.639/SE (2014/0269119-0) Rel. Min. Herman benjamin. 20.11.2014).

No que tange ao prequestionamento, é assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Frise-se, a respeito, aresto emanado da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> *"O julgador não precisa responder, um a um, todos os pontos apresentados. Não há necessidade, outrossim, de expressa menção a todos os dispositivos legais invocados pelas partes. Importa é que todas as questões relevantes sejam apreciadas."* (REsp 844.778/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2007).

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Por corolário, em atenção às diretrizes enfocadas no art. 85, § 11, do CPC/15, elevo os honorários advocatícios de sucumbência devidos ao patrono da apelada para R$ 1.500,00.

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. 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, 28 de setembro de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Seção Criminal
Revisão Criminal nº 1415409-02.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

REVISÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO – PRETENDIDA NULIDADE DA AÇÃO PENAL – INSURGÊNCIA QUASE 08 (OITO) ANOS APÓS – DIVERSAS MANIFESTAÇÕES E RECURSOS POSTERIORES – IMPOSSIBILIDADE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – SOBERANIA DOS VEREDITOS – DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA – ÔNUS DA PROVA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* – INDEFERIMENTO.

Ainda que o ato processual tenha sido praticado em desrespeito à legislação vigente, não havendo qualquer insurgência defensiva por vários anos, mesmo com diversas oportunidades para manifestação e recursos interpostos, ocorre sua convalidação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de crime de competência do Tribunal do Júri a demonstração de que a condenação se dera em contrariedade às provas dos autos não autoriza do órgão *ad quem* a proferir decisão absolutória, em respeito ao princípio da soberania dos vereditos.

O princípio *in dubio pro reo* não se aplica em sede de Revisão Criminal, eis que para a desconstituição da coisa julgada constitui ônus probatório do requerente a demonstração de uma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal.

Revisão Criminal que se indefere, ante a impossibilidade de acolhimento das teses apresentadas.

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, indeferir a Revisão Criminal, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deferia o pedido. (Sust. Oral)

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Robson Jorge de Lira contra a sentença (f. 986/989) e o subsequente acórdão confirmatório (f. 1.067/1.072) que o condenou a 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 121, § 2º, II e IV (homicídio qualificado pelo motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal.

Preliminarmente, alega a ocorrência de nulidade absoluta no feito, porquanto as audiências de instrução foram realizadas sem a presença de defensor e também porque as provas testemunhais seriam ilícitas. No mérito, sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas (f. 01/33).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, por sua improcedência (f. 1.300/1.307).

VOTO 24/08/2016

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Robson Jorge de Lira contra a sentença (f. 986/989) e o subsequente acórdão confirmatório (f. 1.067/1.072) que o condenou a 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 121, § 2º, II e IV (homicídio qualificado pelo motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima), do Código Penal.

Consta na denúncia (f. 36/41) que, aos 16 de junho de 2007, por volta das 21h30min, na Rua Helena Beruk, em frente ao n.º 722, Bairro Nova Lima, em Campo Grande, auxiliado por Crevan Silva dos Santos, Robson Jorge de Lira efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima João Paulo Ramos da Silva, que foram causa suficiente para seu óbito.

Naquela data, a vítima participava de uma festa na casa de sua namorada no Jardim Anache, juntamente com seus amigos Everton (Betão), Anderson (Careca) e Wanderley (Binho).

Em dado momento, resolveram ir para outra festa no Bairro Nova Lima. Durante o trajeto, Anderson desistiu da próxima festividade e tomou o caminho de sua casa. Quando os demais estavam quase chegando ao destino, foram interceptados por uma motocicleta pilotada por Robson, tendo Crevan como garupa.

Nesta ocasião, Robson sacou uma arma de fogo e a apontou para a cabeça de João Paulo, efetuando o primeiro disparo. A vítima e seus amigos empreenderam fuga, entretanto apenas os últimos conseguiram se abrigar, porquanto Robson concentrou todos os esforços em dar cabo da vida de João Paulo, que caiu ao solo alvejado.

Robson então se aproximou de João Paulo e efetuou mais disparos, que levaram a vítima ao óbito. Ato contínuo, o requerente fugiu rumo à BR-163.

Os acusados foram processados pela prática do crime do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal. Sendo Crevan absolvido (f. 672/674) e Robson condenado a 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão (f. 604/605 e 612/615)

Robson e o Ministério Público Estadual interpuseram apelação, tendo a 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça negado provimento a ambos os recursos (f. 785/791).

A Defensoria Pública Estadual impetrou pedido de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo a ordem concedida para reconhecer a nulidade do Tribunal do Júri, por violação à incomunicabilidade entre jurados (f. 814/823).

Submetido a novo julgamento, Robson foi mais uma vez condenado pelo delito narrado na denúncia, agora à pena de 12 (doze) anos de reclusão (f. 971/977 e 986/989). Novamente, a 1ª Câmara Criminal negou provimento a seu apelo (f. 1.067/1.072).

O Vice-Presidente deste Areópago negou seguimento ao recurso especial interposto contra o acórdão da 1ª Câmara Criminal (f. 1.158/1.161) e esta decisão foi monocraticamente mantida perante o Superior Tribunal de Justiça (f. 1.262/1.263).

Por ordem de prejudicialidade, deve-se analisar a preliminar de não conhecimento da ação revisional suscitada pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, ao argumento de que a situação posta em juízo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal.

A prefacial deve ser rechaçada sem maiores delongas, porquanto não há pura e simples repetição de matérias já rejeitadas em recursos anteriores. De pronto, o requerente apresenta alegação de nulidade processual absoluta que não foi trazida a baila em nenhum momento processual anterior.

Assim sendo, por falta de sustentação lógico-jurídica, a preliminar de não conhecimento da revisão criminal deve ser rejeitada.

Superada a questão prejudicial, preliminarmente, Robson alega a ocorrência de nulidade absoluta no feito, porquanto as audiências de instrução foram realizadas sem a presença de defensor e também porque as provas testemunhais seriam ilícitas.

Substancialmente, argumenta que a audiência realizada aos 19 de maio de 2008, em que foram ouvidas as testemunhas de acusação Anderson Alves dos Santos e Cleide Aparecida Ramos da Silva foi realizada sem a presença de seu defensor, tornando o ato judicial nulo (f. 291).

Ab initio, deve-se reconhecer que realmente não havia advogado de defesa de Robson quando da oitiva das testemunhas em questão, conforme se observa do Termo de Assentada.

No entanto, percebe-se que no curso da ação penal questionada o requerente foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, que estava presente na audiência para oitiva de testemunhas realizada no mês seguinte àquela (f. 334) e nada mencionou sobre a irregularidade.

Não fosse o bastante, verificando que a matéria era de competência do Conselho de Sentença, a Defensoria Pública Estadual apresentou alegações finais pleiteando a pronúncia do acusado, para que pudesse melhor defendê-lo em plenário (f. 428/429).

Robson foi submetido ao corpo de jurados em 02 (duas) oportunidades e condenado em ambas as ocasiões, não sendo questionada a irregularidade procedimental da primeira fase do procedimento do júri em momento algum.

Neste contexto, os Tribunais Superiores tem posicionamento consolidado sobre a impossibilidade de irrregularidades formais ultrapassarem os limites da coisa julgada e da preclusão após longo período de inércia da parte interessada:

> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CITAÇÃO EDITALÍCIA – NÃO COMPARECIMENTO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – MOTIVAÇÃO – URGÊNCIA DA MEDIDA CONCRETAMENTE DEMONSTRADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
>
> *1. A produção antecipada de provas permitida pelo artigo 366 do Código de Processo Penal possui natureza acautelatória e visa o resguardo da efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo no qual o processo permanece suspenso.*

2. Por esta razão, a medida é restrita às provas consideradas urgentes, característica que deve estar concretamente comprovada em cada caso por fundamentos que justifiquem a excepcional antecipação.

3. Nos termos do enunciado nº 455 da Súmula desta Corte de Justiça, "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo".

4. No caso dos autos, ***a prova foi produzida antecipadamente diante do fundado receio da testemunha inquirida, a qual teria trabalhado como pistoleiro para o paciente, por sua vida e de seus próprios familiares****.*

5. Ademais, ***há que se frisar que, mesmo após a prisão do paciente, a sua defesa, depois de tomar conhecimento do conteúdo dos autos, inclusive do depoimento prestado antecipadamente pela testemunha referida, nada arguiu, nem mesmo arrolou o citado declarante dentre as pessoas que pretendia ouvir na fase instrutória****.*

6. Desse modo ***incide o disposto no artigo 572, inciso III, do Código de Processo Penal, pelo qual as nulidades por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato restam convalidadas se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos****.*

7. Em arremate, há que se ter presente que o impetrante não logrou demonstrar qualquer prejuízo ao paciente diante da oitiva da testemunha sem a sua presença, tanto é que, tendo a oportunidade de a arrolar na defesa para que fosse novamente inquirida, não o fez, conforme asseverado alhures.

8. Ordem denegada." [1]

"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DAS CONCLUSÕES DO RESPECTIVO ACÓRDÃO – ARGUIÇÃO DE NULIDADE NÃO ACOLHIDA – INSURGÊNCIA DEDUZIDA APÓS QUASE DOZE ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO – ART. 112 DO CÓDIGO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO VERIFICADA NA HIPÓTESE – ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A partir da Lei n.º 7.871/89, a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da data do julgamento de recurso consubstancia nulidade processual, que mitiga o exercício do direito de ampla defesa do réu, pelo que se faz necessária a anulação do julgamento do respectivo recurso.

2. No entanto, ***os Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de se considerar convalidada a nulidade, em razão da inércia da Defesa, em hipóteses como a dos autos, em que o Condenado, após o transcurso de quase doze anos do trânsito em julgado da condenação, almeja a anulação do julgamento****. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal."* [2]

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO ACERCA DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO – CIÊNCIA

1 STJ, HC 124.939/SE, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/11/2010, DJ 14/02/2011.

2 STJ, HC 232.762/PE, 5ª T., rel.ª Ministra Laurita Vaz, j. 19/11/2013, DJ 02/12/2013.

PELA IMPRENSA OFICIAL – POSTERIOR CIÊNCIA DO JULGADO – SILÊNCIO – PRECLUSÃO – ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

- A intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, que, se alegada em tempo oportuno, enseja a realização de novo julgamento.

- Embora a intimação do defensor dativo tenha ocorrido por meio de publicação na imprensa oficial e os documentos constantes dos autos noticiarem apenas a remessa para sua intimação pessoal acerca do acórdão (fl. 112), verifica-se que o defensor nomeado, dele tomou conhecimento, tendo, após o trânsito em julgado do decisum, ocorrido em 11.2.2010, pleiteado, em 17.2.2010 (fl. 115), o arbitramento dos honorários advocatícios por sua atuação no feito, sem, contudo arguir a referida nulidade, que restou alegada somente em 18.10.2012, pela Defensoria Pública.

*- **Não há como se reconhecer tal nulidade, vez que o decurso do tempo e o silêncio da defesa, tornam preclusa a matéria**. Precedentes. Habeas corpus não conhecido."* [3]

"HABEAS CORPUS – DEFENSOR DATIVO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO – PREJUÍZO POR FALTA DE SUSTENTAÇÃO ORAL – IMPROCEDÊNCIA.

*Ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à inclusão em pauta do recurso de apelação. Intimação feita por meio da imprensa oficial. Nulidade absoluta, face à ausência de sustentação oral. Relativização: **Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a argüição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva**.*

Ordem denegada." [4]

(Destaques não originais)

A conclusão dos Tribunais Superiores é a mais adequada à segurança jurídica que precisa decorrer das decisões do Poder Judiciário, eis que seria absolutamente inconcebível que irregularidades procedimentais fossem "guardadas" como "cartas na manga" para serem utilizadas após o trânsito em julgado.

Assim sendo, o pleito de reconhecimento de nulidade processual deve ser refutado.

No mérito, Robson sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas. Para tanto, repise a ilegalidade dos depoimentos de Anderson Alves dos Santos e Cleide Aparecida Ramos Da Silva, bem como alega que o convencimento da culpabilidade teria se formado unicamente pelo testemunho de Everton Calixto Flores (na fase inquisitiva) e do informante Jhonatan Ramos da Silva (irmão da vítima).

De pronto, não se pode olvidar que a condenação combatida foi proferida pelo Tribunal do Júri, devendo ser observado o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Mesmo em casos de recurso de apelação, é vedado ao órgão *ad quem* a reforma da decisão de 1ª instância quanto ao pleito de absolvição, por ser matéria decidida diretamente pelos jurados.

3 STJ, HC 257.834/SP, 5.ª T., rel.ª Des.ª conv. Marilza Maynard, DJ 25/04/2013.

4 STF, HC 88.193/SP, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 25/04/2006, DJ 19/05/2006.

Sobre o tema, o jurista Renato Brasileiro de Lima esclarece:

> *"De fato, é perfeitamente possível que o Tribunal de Justiça reconheça, por exemplo, que a decisão condenatória se baseou em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, mas, a fim de não imiscuir-se na competência do Juízo natural para os crimes dolosos contra a vida, determinar a submissão do acusado a novo julgamento pelo Júri. Na mesma linha é a opinião de Antônio Scarance Fernandes, para quem, uma vez reconhecida a existência de prova nova, ainda não apreciada pelos jurados, e capaz de alterar o contexto do quadro probatório que deu ensejo à condenação, o correto seria cassar a decisão e submeter o acusado a novo julgamento."* [5]

Este é o entendimento consolidado pela jurisprudência:

> *"De início, percebese que o pedido feito pelo apelante de reforma direta e imediata por este Tribunal da sentença, com a sua desclassificação para os delitos de lesão corporal grave e leve é pedido juridicamente impossível, pois, conforme o princípio da soberania dos veredictos, as decisões proferidas pelos jurados acerca do mérito devem ser respeitadas, não podendo as cortes recursais modificálas (juízo rescisório) mas, no máximo, anulálas e cassálas, submetendo o réu a novo julgamento (juízo rescindente)."* [6]

> *"PROCESSO PENAL – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE PARA ABSOLVER O RÉU – FUNDAMENTO LEGAL – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR.*
>
> *1. O ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal.*
>
> *2. In casu, com fundamento na fragilidade do conjunto probatório, foi a revisão criminal julgada procedente para absolver o réu do crime de homicídio.*
>
> *3. No entanto, tal fundamento não autoriza o Tribunal revisor a proferir juízo absolutório, pois, de um lado, esta situação não está contemplada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, de outro lado, a valoração das provas de forma distinta daquela realizada pelo Tribunal do Júri, não autoriza a ação rescisória pela manifesta contrariedade às provas dos autos, principalmente, levando-se em consideração a soberania dos veredictos na apreciação e valoração dos referidos elementos processuais, pois conforme expressa previsão constitucional, cabe ao Conselho de Sentença, o exame do conjunto fático/probatório.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* [7]

Assim sendo, ainda que reconhecida a almejada fragilidade probatória, evidente a impossibilidade de se absolver o requerente por meio da presente ação revisional.

De igual modo, não há como prosperar a possibilidade de anulação do julgamento do Conselho de Sentença, para que Robson seja submetido (pela 3ª vez) a novo julgamento.

5 **Manual de processo penal**, Vol. II, Niterói: Impetus, 2012, p. 1.101/1.102.

6 TJCE, Ap 000060028.2013.8.06.0000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Francisco Gomes de Moura, DJ 13/09/2013.

7 STJ, AgRg-REsp 1.021.468/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/08/2011, DJ 10/08/2011.

Observa-se que a premissa maior de sua pretensão está amparada na alegação de ilicitude dos depoimentos prestados por Anderson Alves dos Santos e Cleide Aparecida Ramos da Silva. Ocorre que, conforme frisado anteriormente, não há como atender este pleito, que se encontra albergado pela coisa julgada e preclusão.

Ademais, não há como assegurar que os jurados decidiram pela culpabilidade de Robson exclusivamente com base nestes depoimentos, porquanto:

> *"O júri decide por íntima convicção a partir do que consta dos autos do processo. Como não pode justificar sua decisão, impõe-se aceitar que delibere com apoio em toda ou em parte da prova, conste ela do inquérito policial ou da instrução judicial, diferentemente do juiz de direito que forma seu convencimento pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão condenatória exclusivamente nos elementos informativos colhidos nas investigações preliminares."* [8]

Aliás, o próprio requerente reconhece a existência do depoimento de Everton Calixto Flores, na fase inquisitiva, e das declarações do informante Jhonatan Ramos da Silva (irmão da vítima) que lhe imputam a responsabilidade pelo assassinato.

Importante consignar que se o requerente pretende desconstituir a coisa julgada deve arcar com o ônus da prova, ou seja, é sua a obrigação processual demonstrar aquilo que alega.

A jurisprudência traz julgados bastante didáticos neste aspecto:

> *"Considerando que a revisão criminal possui objetivos bem delimitados, não proporciona aos julgadores a amplitude do recurso de apelação, exigindo que o requerente apresente com o pedido elementos probatórios que descaracterizem o fundamento da condenação, erro técnico da sentença ou novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda. Há, na verdade, uma inversão do ônus da prova, e os elementos probatórios devem ter poder conclusivo a demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, o que indubitavelmente não ocorreu."* [9]

> *"Na revisão criminal inverte-se o ônus da prova, tocando ao peticionário o encargo de comprovar suas alegações, de maneira cabal, sabido que o destino constitucional da presente ação é redimir eventual erro judiciário, ou reparar a injustiça, e jamais ser utilizado como segunda apelação ou nova revisão, mas sem ajustar-se à moldura do permissivo legal. (RT 392/341)."* [10]

> *"Na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário. (...) Para que os novos elementos tenham a força para desconstituir a decisão condenatória transitada em julgado é mister que sejam conclusivos, demonstrando cabalmente a inocência do condenado, não bastando aqueles que apenas debilitem a prova ou causem dúvidas no espírito do julgador, havendo, na realidade, uma inversão do ônus da prova. Se o peticionário, através de seu advogado, não fez isso, não demonstrando de forma incontestável que é inocente e que a sua condenação foi um erro judiciário, induzido por falsas declarações da vítima e testemunhas, sua condenação não tem como ser rescindida em sede revisional."* [11]

Não fosse o bastante, o Superior Tribunal de Justiça tem sedimentado o entendimento da inviabilidade de acolhimento do princípio *in dubio pro reo* em revisão criminal:

8 TJPE, Ap 0000014-15.1997.8.17.1400, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Antônio de Melo e Lima, j. 06/06/2016, DJ 17/06/2016.
9 TJES, RvC 0005490-53.2013.8.08.0000, Câm. Crim. Reunidas, rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama, j. 13/05/2013, DJ 20/05/2013.
10 TJPR, RvC 0903676-4, 5ª Câm. Crim. em Comp. Integral, rel. Juiz conv. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, DJ 15/05/2013.
11 TJMG, RvC 1.0000.12.080212-9/000, rel. Des. Walter Luiz, j. 18/03/2013, DJ 05/04/2013.

"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 621, I, DO CPP – REVISÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – DÚVIDA QUE NÃO PERMITE O JUÍZO RESCISÓRIO – NECESSIDADE DE QUE A CONTRARIEDADE ENTRE A CONDENAÇÃO E AS PROVAS DOS AUTOS SEJA PATENTE – DESPROVIMENTO.

1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal.

2. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas.

3. O Tribunal a quo, reexaminando o conjunto fático-probatório, acolheu o pedido revisional com fulcro na suposta insuficiência da prova da autoria, o que fere o sistema processual penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." [12]

Ante o exposto, indefiro a revisão criminal ajuizada por Robson Jorge de Lira.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Revisor):

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (3º Vogal):

Acompanho o Relator.

A Srª.Desª.Maria Isabel de Matos Rocha. (4º Vogal):

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (5º Vogal):

Acompanho o Relator quanto ao afastamento da preliminar de não conhecimento.

No que se refere à preliminar de nulidade, o Relator bem analisou as questões fáticas e de direito, visto que na sequência do processo em nenhum momento houve qualquer alegação de nulidade embasada em prejuízo que porventura o requerente tivesse tido em razão da ausência de advogado na referida audiência. Ademais, em se tratando de processo da competência do Tribunal do Júri, qualquer nulidade que tenha ocorrido antes da fase de pronúncia, devem ser alegadas até as alegações finais, na forma do art. 571, I, do CPP.

No caso, como bem salientou o Relator, não houve alegação de nulidade nessa fase, tampouco em qualquer outra fase, tendo sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri por duas oportunidades.

Daí decorre a conclusão lógica de que não houve qualquer prejuízo à defesa do requerente, tanto que o mesmo não trouxe qualquer comprovação concreta de algum prejuízo.

Desse modo, com essas ponderações, acompanho o Relator para afastar a preliminar de nulidade.

12 AgRg-REsp 1.295.387/MS, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 11/11/2014, DJ 18/11/2014.

Quanto ao mérito, acompanho igualmente o Relator, pelos próprios fundamentos alinhados em seu voto.

VOTO 14/09/2016

O Sr.Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal):

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o Relator.

No que se refere à suposta nulidade por ausência de defensor em audiência de instrução na fase sumariante, importante registrar que tal fato ocorreu em uma única audiência, onde foram ouvidas duas testemunhas de acusação às f. 291, 295-298, onde seus depoimentos em nada comprometeram o ora requerente, mas tão somente ao corréu Crevan Silva dos Santos.

Na continuação da instrução foi ouvida outra testemunha de acusação, Jhonatan Ramos da Silva (f. 334, 337) e demais testemunhas em outra data (f. 381-382, 383-395), onde Robson estava devidamente assistido pela Defensoria Pública Estadual.

Ademais, a alegada nulidade não foi arguida em momento próprio, ocorrendo dessa forma a preclusão, pois após a realização da audiência em que o defensor não estava presente, não houve qualquer insurgência do réu, conforme se observa do termo de vista ao Defensor Público (f. 354), onde consta expressamente que estava "*De acordo com a transcrição*", nada sendo requerido e ainda que do termo de assentada da audiência de continuação da instrução (f. 381-382), onde nada também foi registrado em ata.

Os Tribunais Superiores têm se manifestado no sentido de convalidar a nulidade, em razão de inércia da defesa, como no caso telado, onde o requerente, após ter sido submetido a dois julgamentos anteriores e condenado, almeja referida anulação.

Dessa forma, não se constata qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa de Robson**,** "*[...] uma vez que embora exista irregularidade nos autos, não restou demonstrada a ocorrência de prejuízo ao réu, devendo ser sopesado que o Código de Processo Penal adota o princípio da pas de nulité sans grief, bem como que tal vício não foi arguido em momento oportuno, posto que a advogada constituída do apelante, nas oportunidades que teve de falar no processo se manteve silente, nada alegando quanto à nulidade pretendida, só vindo a fazê-lo após aquele ter sido condenado pelos juízes leigos. [...]"* (STF; ARE 974356; Rel. Min. Edson Fachin; DJE 01/08/2016; Pág. 459).

Quanto à alegado contrariedade às provas dos autos, melhor sorte não assiste ao requerente.

Como cediço, para desconstituir uma decisão do Tribunal do Júri é imprescindível a constatação de que não houve embasamento em nenhuma prova existente no processo. A aceitação de uma alternativa probatória está dentro do poder de opção decisória do Conselho de Sentença.

Assim, o provimento da apelação dos julgamentos do Tribunal do Júri deve ser excepcional, dado o princípio da soberania dos veredictos conferido no artigo 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal[13].

No escólio de Guilherme de Souza Nucci:[14]

13 *Art. 5º. (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

14 *in* **Código de Processo Penal.** 8ª ed. Revista dos Tribunais: 2008, p. 959.

> *"(...) Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (...)"*

No caso em exame a decisão dos jurados se apoiou em uma das versões apresentadas e debatidas em plenário, amparada pela confissão do apelante e pelos testemunhos idôneos e perícia, conforme conjunto probatório acima mencionado.

Dessa forma, não se pode admitir decisão manifestamente contrária às provas dos autos, quando existente duas correntes probatórias, havendo a opção por uma delas pelos jurados que decidem por íntima convicção, sem motivação, dentro do princípio da soberania dos veredictos.

Dessa forma, acompanho o Relator para indeferir a revisão criminal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º Vogal):

Robson Jorge de Lira ajuíza revisão criminal contra decisão condenatória que transitou em julgado condenando-o pela prática do crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, II e IV, do CP.

Alega preliminarmente a ocorrência de nulidade absoluta do feito porque houve audiência de instrução realizada sem a presença de defensor e intimação para o seu comparecimento, bem como porque foi utilizado o depoimento de uma das testemunhas ouvidas nessa audiência para fundamentar a sentença de pronúncia, prova que não fora repetida e alega ser ilícita. No mérito, argumenta que deve ser absolvido por insuficiência de provas.

Requer a anulação do processo penal a partir da audiência de f. 223/225/226 e 224/227 da ação penal. Subsidiariamente pede a declaração de ilicitude das provas testemunhais de f. 223/225/226 e 224/227 da ação penal, com a determinação de seu desentranhamento e anulação da decisão condenatória proferida pelo Conselho de Sentença, submetendo o revisionando a um novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Caso não acolhidas as preliminares pede a cassação da decisão condenatória com a absolvição do revisionando por insuficiência de provas, evitando-se o erro judiciário cometido pelos jurados.

O e. Relator indeferiu a revisão criminal, rejeitando todos os pedidos defensivos.

O e. Des. Manoel Mendes Carli pediu vistas dos autos e o acompanhou, com observações em seus fundamentos.

Analisei o feito colocado em julgamento e ouso divergir dos pares.

Não há controversa sobre a ausência de intimação da Defensoria Pública para participar da audiência de instrução (p. 222 da ação penal e p. 291 destes autos) onde foram colhidos os depoimentos de Anderson Alves dos Santos e Cleide Aparecida Ramos da Silva (p. 223/225/226 e 224/227 da ação penal e 295-297 destes autos).

Ou seja, houve referida omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato, ferindo o princípio constitucional do contraditório, gerando nulidade absoluta.

Porém, resta analisar se referido vício prejudicou a ampla defesa como um todo, ou se não teve esse alcance, como leciona a doutrina:

> *"Como já se disse, a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta.*
>
> *Mas é preciso examinar caso a caso, se o vício ou ausência do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não têm eles esse alcance.*
>
> *É esta a exata interpretação a ser dada à Súmula 523 do STF, que estabelece: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*
>
> *Nessa linha – nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência – é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.".* (GRINOVER, Ada Pellegrino. FERNANDES, et al. As nulidades no processo penal, 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 91-92).

Na hipótese, verifica-se que houve sim ofensa geral à ampla defesa, visto que embora uma das testemunhas não tenha influenciado na decisão de pronúncia (Cleide Aparecida) e o da outra não tenha sido citado nesta (Anderson Alves), é certo foi utilizado para a fundamentação em parte da pronúncia, o depoimento da testemunha Anderson Alves, vejamos:

> *"Depoimento de Anderson Alves dos Santos, perante a autoridade policial, às fls. 225/226, linha 2 a 6:*
>
> *'O declarante ouviu vários disparos de arma de fogo nas proximidades; que, em seguida chegou correndo a pessoa de 'Betão' o qual começou a gritar que tinham matado João Paulo, e 'Betão" disse que havia sido o 'Robinho, pois que ficou pertinho dele na hora e que o autor dos disparos contra João Paulo estava acompanhado de outra pessoa em uma moto preta (...)".(p. 491).*
>
> *Ou seja, a ausência da defesa de Robson na audiência em juízo, por ausência de intimação para seu comparecimento, retirou-lhe a oportunidade de reperguntas que poderiam até mesmo ser realizadas para confrontar o depoimento extrajudicial que posteriormente foi utilizado na sentença de pronúncia, acarretando, não só ofensa ao contraditório, mas também prejudicando sua ampla defesa.*
>
> *É certo que situação diversa seria se a testemunha ouvida sem a presença do advogado de defesa não tivesse nenhuma relevância para a compreensão dos fatos, consoante lições da doutrina e do Supremo Tribunal Federal:*
>
> *"Os vícios ocorridos na produção da prova testemunhal, sejam anteriores à audiência, sejam nela verificados, atingirão os atos posteriores, inclusive a sentença, salvo se a pessoa ouvida não trouxer elementos que influam no julgamento do processo. " (GRINOVER, et al., op. cit. p. 192-193).*
>
> *"(...)*
>
> *Suponha-se o não comparecimento do advogado do réu em face da falta de cientificação prévia para audiência na qual foram inquiridas testemunhas que não tinham conhecimento sobre o fato em julgamento, mas eram, por exemplo, meramente abonatórias ou irrelevantes à solução do caso. Tal hipótese, muito provavelmente levaria a que não se se cogitasse de cerceamento de defesa ou afronta à garantia do contraditório no processo; seriam situações de existência de vício procedimental, em decorrência da não comunicação*

do defensor constituído, mas que não importariam em nenhuma consequência negativa ao processo ou prejuízo ao acusado; ou seja, não haveria afronta às exigências de ampla defesa e contraditório no procedimento de formação da prova. A consequência que poderia restar, o vício, estaria eventualmente restrita ao ato procedimental em si, mas não teria o efeito de atingir todo o processado. " (STF. RHC 107394, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 16/04/2013, acórdão eletrônico DJe-083 divulg 03-05-2013 public 06-05-2013)

Porém, diversa deve ser a conclusão, para reconhecer a nulidade do ato ante o reconhecimento de que foi retirada do réu a possibilidade de sua defesa atuar por ausência de intimação para comparecimento a audiência de instrução na qual ouvida testemunha cujo depoimento extrajudicial foi mencionado na sentença de pronúncia. Especialmente ainda pelo fato de que esta testemunha não foi ouvida novamente em juízo para superar o vício existente na colheita dessa prova (em relação somente a este réu, já que o corréu estava assistido de seu advogado na mesma audiência).

Não há falar que o decurso do prazo tenha importado na preclusão para defesa, assim como não haveria se o réu não fosse citado, ambas nulidades são absolutas e importam em presumido prejuízo aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não havendo, em tais hipóteses, convalidação do ato.

Nesse sentido:

"Quando a atipicidade do ato viola norma (constitucional ou legal) garantidora de interesse público, tem lugar a nulidade absoluta. (...)

Embora o ato inquinado por defeito gerador de nulidade absoluta tenha aptidão para reduzir, de forma significativa, a probabilidade de prolação de decisão justa, continuará a produzir efeitos até que haja pronunciamento judicial reconhecendo a sua invalidade.

O vício, entretanto, não se convalida, razão pela qual a possibilidade de arguição não é atingida pela preclusão, de modo que a nulidade poderá ser decretada a qualquer tempo e grau de jurisdição e, em caso de sentença condenatória, até mesmo depois do trânsito em julgado.

Sobre a irrelevância do decurso do tempo para fins de reconhecimento da nulidade absoluta, veja-se a orientação jurisprudencial: "Defensor dativo não intimado pessoalmente da pauta da sessão de julgamento. Vício alegado 7 (sete) anos após o trânsito em julgado. Nulidade absoluta não se convalida pelo decurso do tempo. Inexistência de preclusão. Ordem concedida para anular o julgamento no tocante à condenação. 1- É incontroverso o fato de que o defensor dativo, que atuou na defesa do ora paciente, não foi intimado pessoalmente, mas por publicação no Diário Oficial. 2- Não se pode levar em conta o largo tempo discorrido entre a data de intimação do acórdão condenatório e a data da impugnação, para deixar de reconhecer a existência da nulidade absoluta. Não há prazo previsto para a convalidação de nulidade absoluta. Ou, em outras palavras, tanto faz que decorra um mês, ou decorram dois ou mais anos, para a impetração, pois nulidade absoluta não se convalida por decurso de tempo. 3- Ordem concedida para anular o julgamento no tocante à condenação para que outro seja realizado, respeitando-se as prerrogativas legais do Defensor dativo". (STJ - HC 84.349/SP – 6ª Turma – Rel. Min. Celso Limongi (Des. Convocado do TJ/SP – DJe 30.11.2009). ". (REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Gonçalves, Victor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 581).

Ainda que na hipótese em concreto tenha ocorrido até mesmo a anulação do primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri ante o reconhecimento de que houve decisão sob influência da opinião de um dos

jurados (p. 814-824), e em novo julgamento tenha havido nova condenação, o vício ora reconhecido não é convalidado pelo curso do processo, ante as peculiaridades acima mencionadas.

Sendo assim, apresento a divergência no sentido de julgar procedente o pedido revisional para declarar, em relação ao requerente Robson Jorge de Lira, a nulidade da audiência de instrução realizada na data de 19.5.2008, nos autos n. 001.07.076596-1, cujo termo de assentada foi juntado à p. 222 daqueles autos, com o consequente desentranhamento dos depoimentos de p. 223-225, nos termos do art. 573, do CPP, bem como rescindir os atos decisórios de pronúncia e sentença condenatória proferidos após a sua realização, determinando a renovação da referida audiência de instrução, com consequente prosseguimento da ação penal, aproveitando-se todos os demais atos instrutórios produzidos no processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, indeferiram a revisão criminal, nos termos do voto do relator, vencido o des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deferia o pedido. (sust. oral)

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

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, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de setembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0003584-55.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – MEDIDA DE SEGURANÇA – RESTABELECIMENTO DE DIREITOS POLÍTICOS – PLEITO CONDICIONADO AO INTEGRAL CUMPRIMENTO DA SANÇÃO – NÃO PROVIMENTO.

O restabelecimento dos direitos políticos – efeito da sentença penal transitada em julgado – está condicionado ao integral cumprimento da sanção imposta e, portanto, a cessação de periculosidade conduz apenas a suspensão da medida de segurança e sua substituição pelo livramento condicional, não assegurando a extinção da punibilidade e, tampouco, o restabelecimento requerido.

Agravo em execução penal a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de outubro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Wagner Túlio da Silva interpõe Agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de expedição de ofício à Justiça Eleitoral determinando o restabelecimento dos direitos políticos.

Aduz que cumpria medida de tratamento ambulatorial quando foi submetido a perícia, tendo o laudo pericial atestado a cessação de sua periculosidade, razão por que foi colocado em regime de readaptação, o qual segue as regras do livramento condicional.

Esclarece que foi aprovado em concurso público necessitando do restabelecimento dos seus direitos políticos para tomar posse no cargo em que foi aprovado.

Ressalta que na execução da pena deve ser observada a reinserção social, bem como argumenta que a suspensão dos direitos políticos mostra-se mais gravosa que a pena principal. Por fim, aduz que o restabelecimentos dos direitos políticos independe de reabilitação criminal ou reparação de danos.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 61/64).

Em juízo de retratação o magistrado manteve a decisão invectivada (f. 65).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 72/78).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Wagner Túlio da Silva foi sentenciado a pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, estando em serviço (art. 290, *caput*, c/c art. 70, II "l", ambos do Código Penal Militar).

A pena privativa de liberdade foi substituída por medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano, em razão do reconhecimento da sua semi-imputabilidade.

Durante o cumprimento da medida de segurança o agravante obteve aprovação em concurso de provas e títulos para o cargo de agente comunitário de saúde tendo pleiteado, então, a decretação de cessação de semi-imputabilidade.

O *Parquet* manifestou pela realização de perícia médica a fim de atestar as condições do acusado, tendo o mesmo se submetido ao exame e o Laudo Pericial concluído pela cessação de periculosidade do mesmo.

Em seguida foi prolatada sentença na qual o julgador singelo acolheu o pedido de reavaliação da medida de segurança aplicada e suspendeu-a pelo prazo de 01 (um) ano, deferindo ao sentenciado o benefício de livramento condicional impondo-lhe o cumprimento das condições previstas no art. 178, da Lei de Execuções Penais, pelo referido prazo, quando, então, se regularmente cumprido o benefício poderá ter reconhecida a extinção definitiva da medida de segurança (f. 39/30).

Em seguida, o agravante pugnou pela expedição de ofício à Justiça Eleitoral para o restabelecimento de seus direitos políticos a fim de que pudesse tomar posse no concurso público em que foi aprovado (f. 41/50).

Ao analisar a questão o julgador singelo ponderou (f. 53/57):

> *"No caso dos autos, de fato, fora reconhecida a cessação da periculosidade do reeducando, tomando-se por base o laudo pericial de fls. 114/117, entretanto, houve a suspensão da medida de segurança, nos termos do art. 97, § 3º do CP e art. 178 da L.E.P, ficando o sentenciado submetido às condições inerentes ao livramento condicional.*
>
> *Por isso, não há falar em extinção da punibilidade no momento e, por conseguinte, na comunicação à Justiça Eleitoral para restabelecimento dos direitos políticos do sentenciado, conforme pretende a defesa.*
>
> *Diante do exposto, com base desses fundamentos e com base no parecer do Ministério Público, indefiro o pedido de fls. 140/149"*

A suspensão dos direitos políticos está prevista constitucionalmente no comando insculpido no art. 15, *in verbis*:

> *"Art. 15 - é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:*
>
> *I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;*
>
> *II - incapacidade civil absoluta;*
>
> *III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º."

Acerca da matéria leciona a doutrina:

"Questão interessante colocou-se perante o TSE sobre a subsistência ou não dos direitos políticos das pessoas submetidas a medidas de segurança em razão da prática de infração penal pela qual não puderam ser responsabilizadas tendo em vista o estado de inimputabilidade (CP, art. 26). O art. 15, II, da Constituição prevê a suspensão dos direitos políticos em virtude de incapacidade civil absoluta. Fizeram-se algumas digressões em torno do tema. Verificou-se que o texto não trata no inciso II das hipóteses de incapacidade civil absoluta em decorrência da idade, no caso dos menores de 16 anos (CC, inciso I do art. 3º), que não são cidadãos politicamente ativos. A suspensão apenas se aplica, logicamente, ao que já poderiam gozar de direitos políticos. Portanto, o inciso II abarca os cidadãos que, segundo o art. 3º, do Código Civil, por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. De qualquer sorte, capacidade civil e capacidade política estão estritamente relacionadas. Partindo da disciplina legal do instituto da medida de segurança, é possível estabelecer três requisitos para sua aplicação: a ofensa de um bem jurídico relevante para o direito penal, a periculosidade do sujeito ativo e a sua inimputabilidade. Assim, o inimputável, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que pratica uma conduta típica e ilícita, receberá a absolvição; porém, ser-lhe-á aplicada a medida de segurança. Trata-se, portanto, de uma sentença absolutória imprópria. Assim, o indivíduo não apenado, por ser inimputável penalmente, guarda, no plano fático, extrema semelhança com aquele que padece de incapacidade civil absoluta. No plano político-eleitoral, a referida semelhança também ocorre. A incapacidade para votar e ser votado atinge os cidadãos que ainda não alcançaram a maturidade – que são menores de 16 anos, coincidente com a menoridade civil (incapacidade absoluta) - assim como os que padecem de alguma doença mental e, portanto, não possuem o discernimento necessário para a prática dos atos da vida política.

A Constituição, ao tratar desses casos de incapacidade, apenas se ateve ao âmbito civil, estabelecendo de forma expressa, precisamente no art. 15, II, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos dos cidadãos que padecem de incapacidade civil absoluta. Os casos de inimputabilidade penal, por motivo de doença mental, não estão abarcados, em princípio, pelo inciso II do art. 15. Por outro lado, ao cuidar da seara penal, o constituinte previu apenas a hipótese de suspensão dos direitos políticos no caso de condenação penal transitada em julgado – no art. 15, III. A aplicação de medida de segurança, por advir de uma decisão absolutória, ainda que imprópria, ficou á margem da disciplina constitucional. Colocou-se uma aparente lacuna constitucional. Se, todavia, a teleologia constitucional procura excluir do processo político-eleitoral todos aqueles que ainda não possuem a devida capacidade para a prática dos atos da vida política, seria um total contra-senso a interpretação desses dispositivos constitucionais que levasse ao entendimento de que os indivíduos submetidos a medida de segurança, por debilidade mental, pudessem gozar plenamente de seus direitos políticos, podendo votar e, o que causa perplexidades, ser votados. A interpretação constitucional guiada por um pensamento de possibilidades abre-nos novas alternativas para preencher essa aparente lacuna constitucional. O ethos constitucional que atua como substrato axiológico do elenco de hipóteses de suspensão de direitos políticos legitima a interpretação extensiva dos incisos II e III do art. 15, para abranger, além dos casos expressos, aqueles em que existe absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança aos indivíduos inimputáveis, em razão de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Essa orientação foi adotada pelo TSE no PA 19.927" [1]

1 MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 726.

A partir do entendimento exarado pelo Tribunal Superior Eleitoral restou evidente que a suspensão dos direitos políticos é, em verdade, efeito automático da sentença criminal transitada em julgado independente da natureza do provimento – condenatório ou absolutório impróprio – contanto que haja imposição de sanção (pena privativa de liberdade ou medida de segurança).

Nessa esteira, nos exatos termos do preceito constitucional, verifica-se que a suspensão dos direitos políticos perdurará enquanto durarem os efeitos da sentença penal transitada em julgado.

Assim, considerando que a medida de segurança imposta ao sentenciado embora suspensa deu lugar a concessão do benefício de livramento condicional, ao qual o agravante deverá se submeter pelo prazo de 01 (um) ano, verifica-se claramente que ainda estão se perpetuando os efeitos da sentença penal transitada em julgado e, portanto, devem permanecer suspensos seus direitos políticos.

Logo, forçoso reconhecer que o restabelecimento dos referidos direitos está condicionado ao integral cumprimento da sanção penal e mais que isso à declaração de extinção.

Nesse sentido é o preceito sumular do Tribunal Superior Eleitoral:

> *Súmula n.º 09 - "A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independendo de reabilitação ou de prova de reparação dos danos".*

Destarte, como bem ponderou o "Parquet" a cessação de periculosidade conduz apenas a suspensão da medida de segurança e sua substituição pelo livramento condicional não assegurando a extinção da punibilidade e tampouco o restabelecimento dos direitos políticos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em execução penal interposto por Wagner Túlio da Silva .

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 Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 24 de outubro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004342-44.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO RECONHECIMENTO – VALOR DA *RES FURTIVA* NÃO É IRRISÓRIO – REPROVALIBILIDADE DA CONDUTA – CONTUMÁCIA DELITIVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência total de periculosidade social da ação; o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. Não incide o princípio da insignificância. O valor dos objetos subtraídos, representavam à época 34% do salário mínimo, não sendo este um valor irrisório, mormente considerando a situação econômica do ofendido, trabalhado autônomo numa oficina. Ademais, o acusado possui condenação por delito contra o patrimônio e também há em seu desfavor ação penal em andamento, o que embora não configure maus antecedentes e reincidência, demonstra a contumácia delitiva.

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, 4 de novembro de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ademir Arroaba de Souza, contra a sentença de fls. 99-102, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária de um salário mínimo, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Narra a denúncia que no dia 20.08.2014, por volta das 11h30min, no estabelecimento comercial denominado como "Oficina do Pedro Paulo", localizado na Rua Irmão Diacopoli, n° 533, Bairro Alto, na Comarca de Aquidauana, o apelante subtraiu para si uma lixadeira, de cor verde, da marca BOSH, avaliada em R$ 240,00 e um casaco avaliado em R$ 10,00, pertencente à vítima Pedro Paulo de Almeida.

Nas razões de fls. 107-115, requer sua absolvição em face da aplicação do princípio da insignificância.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões as fls. 117-153, manifestou-se pelo desprovimento do apelo. Prequestiona violação ao art. 155, *caput* do CP.

No mesmo sentido é o parecer da PGJ as fls. 160-164.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ademir Arroaba de Souza, contra a sentença de fls. 99-102, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária de um salário mínimo, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Narra a denúncia que no dia 20.08.2014, por volta das 11h30min, no estabelecimento comercial denominado como "Oficina do Pedro Paulo", localizado na Rua Irmão Diacopoli, n° 533, Bairro Alto, na Comarca de Aquidauana, o apelante subtraiu para si uma lixadeira, de cor verde, da marca BOSH, avaliada em R$ 240,00 e um casaco avaliado em R$ 10,00, pertencente à vítima Pedro Paulo de Almeida.

Nas razões de fls. 107-115, requer sua absolvição em face da aplicação do princípio da insignificância.

Passo à análise.

Princípio da insignificância

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência total de periculosidade social da ação; o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

No caso em análise, não se aplica o referido princípio.

Conforme consta no auto de avaliação de fl. 28, o valor da *res furtiva* – lixadeira e um casaco -, perfazem o valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). Como o salário mínimo à época, era de R$ 724,00[1] (setecentos e vinte e quatro reais), o valor da objeto representava aproximadamente 34% deste, não podendo, portanto, ser considerado de valor irrisório, mormente levando em conta a situação econômica do ofendido, trabalhador autônomo de uma oficina, que inclusive, afirmou em juízo que não teria condição financeira de adquirir outra lixadeira daquela (fl. 98).

Desse modo, entendo que não lhe cabe a aplicação do princípio da insignificância, pois, o valor não se mostrava irrisório à época dos fatos.

Oportuno ressaltar, ainda, que o acusado possui condenação por delito contra o patrimônio nos autos 0000646-97.2014.8.12.0005 e responde por furto tentado na ação penal n. 0066112-55.2011.8.12.0001 em trâmite na comarca de Campo Grande-MS e por 14 ações penais em trâmite na comarca de Aquidauana-MS (1) ação penal 0005633-79.2014.8.12.0005; 2) ação penal 0003859-14.2014.8.12.0005; 3) ação penal 0000185-28.2014.8.12.0005; 4) ação penal 0000058-90.2014.8.12.0005; 5) ação penal 0001176-67.2015.8.12.0005; 6) ação penal 0005786-15.2014.8.12.0005; 7) ação penal 0005778-38.2014.8.12.0005; 8) ação penal 0005424-13.2014.8.12.0005; 9) ação penal 0005036-13.2014.8.12.0005; 10) ação penal

1 Decreto 8.166/2013

0003866-06.2014.8.12.0005; 11) ação penal 0003864-36.2014.8.12.0005; 12) ação penal 0002884-26.2013.8.12.0005; 13) ação penal 0001950-68.2013.8.12.0005 e; 14) ação penal 0003598-20.2012.8.12.000, o que embora não configurem maus antecedentes e reincidência, demonstram a contumácia delitiva.

Considerando-se que a conduta é de significativa ofensividade e reprovabilidade, de forma que o comportamento do recorrente não deve ser considerado insignificante e demonstra a necessidade da tutela penal.

Em situações análogas, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR QUE NÃO SE REVELA ÍNFIMO. ABUSO DE CONFIANÇA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. 1. Para a aplicação do princípio da bagatela, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 107.689/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7/3/2012). 2. No caso, verifica-se que a res furtiva foi avaliada em R$ 200,00 (duzentos reais), sendo que correspondia a 32% salário mínimo vigente à época dos fatos, valor que não pode ser considerado insignificante. 3. A agravante foi denunciada pela suposta prática do crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, porquanto teria se aproveitado da credibilidade do dono da residência para adentrar em sua casa e subtrair para si o seu aparelho celular, o que denota a maior reprovabilidade da conduta praticada pela acusada. 4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1521292/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – No caso sob exame, a conduta do paciente não pode ser considerada minimamente ofensiva, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade. III – Ademais, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu modus vivendi, uma vez que ostenta condenação e responde a várias ações penais pela prática de diversos crimes, o que denota reprovabilidade e ofensividade da conduta. IV – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V – Ordem denegada.* (HC 114702 / RS - Rio Grande do Sul - *Habeas Corpus*- Relator(a): min. Ricardo lewandowski - Julgamento: 18/06/2013)

De fato, a aplicação desavisada do referido princípio somente poderia servir para estimular, com maior intensidade ainda, a injustificada e desmedida tolerância social com o crime, contribuindo com o descrédito da Justiça.

No dizer de Sérgio de Oliveira Médici:

> *"Não existem tipos penais de bagatela - fato que significaria descumprir a lei - mas sim infrações que, por suas circunstâncias próprias, evidenciam uma ínfima consequência*

> *lesiva... O princípio da insignificância exige uma análise profunda do desvalor do dano, da ação penal e da culpabilidade em cada processo, de forma a estabelecer a irrelevância do fato para o direito penal"* (Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 5, p. 136).

Assim, incabível a aplicação do princípio da insignificância.

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. 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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 04 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0000093-16.2016.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CONDIÇÃO DO REGIME ABERTO FLEXIBILIZADA – MOTIVO DE ATIVIDADE LABORAL – POSSIBILIDADE – NÃO PROVIDO.

Por meio da decisão agravada o magistrado singular flexibilizou a obrigatoriedade de comparecimento diário. Não se verifica o comprometimento do aspecto retributivo e preventivo da pena, em face das demais condições que se somam às obrigações do regime aberto estipulado. Em face do curto período do apenamento (três) meses, seria desproporcional determinar a remessa da carta de guia a município de outro estado da federação. A situação específica da atividade laborativa em cumprimento ao caráter ressocializador que deva observar o apenamento, a meu ver, justifica a flexibilização operada pelo julgador monocrático.

Contra o parecer, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de novembro de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo de execução oposto pelo Ministério Público Estadual, em razão de sua irresignação com a decisão de fls. 36 - 37, que autorizou, de forma diferenciada, que o reeducando D. N. F. compareça uma vez por mês junto ao Comando da Policia Militar da Nova Porto XV de Novembro/MS, para a devida assinatura do livro de ponto, quando deveria se apresentar diariamente para a assinatura do livro ponto, junto ao referido Comando.

Assim requer a reforma da citada decisão a fim de que seja observado o art. 1º da Portaria n. 002/2014 que estabelece o comparecimento diário para cumprimento da pena, remetendo-se a carta de guia à comarca de Ernestina/SP, onde exerce atividade laborativa.

Em contrarrazões as fls. 30-34, a defesa requer o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo de execução oposto pelo Ministério Público Estadual, em razão de sua irresignação com a decisão de fls. 36 - 37, que autorizou, de forma diferenciada, que o reeducando D. N. F. compareça uma vez por mês junto ao Comando da Policia Militar da Nova Porto XV de Novembro/MS, para a devida assinatura do livro de ponto, quando deveria se apresentar diariamente para a assinatura do livro ponto, junto ao referido Comando.

Assim requer a reforma da citada decisão a fim de que seja observado o art. 1º da Portaria n. 002/2014 que estabelece o comparecimento diário para cumprimento da pena, remetendo-se a carta de guia à comarca de Ernestina/SP, onde exerce atividade laborativa.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 52-57 pelo provimento do recurso.

Passo à análise do mérito recursal.

Não merece acolhimento o recurso.

Ficou determinado na decisão de fls. 29:

> *"(...) 1- não frequentar bares, prostíbulos; 2- não portar arma de fogo ou arma branca; 3- não se envolver em brigas ou cometer outros delitos;* ***4- Comparecer diariamente junto ao Comando da Policia Militar da Nova Porto XV de Novembro, dentre os horários compreendidos entre as 18:00 e 19:00 horas, para comprovar sua presença, mediante a assinatura no livro ponto, conforme determina Portaria 002/2014, deste juízo.*** *5- não mudar de endereço ou cidade sem comunicar este juízo; 6- não se ausentar da cidade por mais de oito dias sem comunicar este juízo."* – grifei.

Contudo, por meio da decisão agravada de fls. 36-37, o magistrado singular flexibilizou a obrigatoriedade de comparecimento diário, sob os seguintes fundamentos:

> *"Conforme consta dos autos, o reeducando terá que dar início ao cumprimento da reprimenda, no regime aberto, pelo prazo de 03 (três) meses, tempo da condenação, e em razão do reeducando exercer trabalho, temporário junto a empresa Traxxion - Construções, Serviços e Comércio Ltda, e atualmente encontra-se trabalhando na Cidade de Santa Ernestina/SP, COM 501 kms de distância da sede da comarca, o seu deslocamento diário prejudicaria o sustento de sua prole.*
>
> *Cumpre mencionar que como a condenação é somente de 03 (três) meses, e ainda, por tratar-se de serviço temporário, não vejo razão em remeter a carta de guia a outro juízo, eis que o reeducando continua a residir neste Município e Comarca, não havendo nenhum prejuízo em que o reeducando cumpra sua pena nesta comarca, sem a obrigatoriedade da assinatura diária do livro ponto.*
>
> *Assim em dissonância com o parecer ministerial de f. 58 dos autos, eis que o reeducando continua a residir neste Município e Comarca, defiro o pedido de fls. 51-5, formulado pela defesa, e autorizo, de forma diferenciada, nos termos do item 3, da portaria 002/2014, que o reeducando compareça uma vez por mês junto ao Comando da Policia Militar da Nova Porto XV de Novembro/MS, para a devida assinatura do livro."*

Não há reparos a serem feitos na bem lançada decisão, pois não se verifica o comprometimento dos aspectos retributivo e preventivo da pena, em face das demais condições que se somam às obrigações do regime aberto estipulado.

Como bem ressaltou o magistrado, o trabalho em outra comarca é temporário e o reeducando continua a residir no juízo da sentença, logo, em face do curto período do apenamento (três) meses, seria desproporcional determinar a remessa da carta de guia a município de outro estado da federação.

A situação específica da atividade laborativa em cumprimento ao caráter ressocializador que deve observar o apenamento, a meu ver, justifica a flexibilização operada pelo julgador monocrático.

Contra o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram 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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 04 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0004956-87.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – EXAME SEM ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDIQUEM A INAPTIDÃO À PROGRESSÃO AO REGIME MAIS BRANDO – RECURSO PROVIDO.

Embora seja o caso de condenado pela prática de crimes de natureza grave (art. 213 c.c. art. 224, *caput,* "b", ambos do Código Penal), verifica-se um equívoco na decisão que determinou a realização do referido exame, em que constou que a prática do crime foi contra criança de 10 anos de idade, quando na realidade a vítima contava com 24 anos de idade, todavia, possuía debilidade mental. Além disso, embora o laudo pericial realizado por profissional da área de psicologia, conclua que *"o periciado tem grande risco de comportamento violento. A conclusão da perícia é desfavorável à progressão de regime prisional. (...) Percebe-se ainda que o periciado não apresenta sinais de culpa ou arrependimento em relação ao delito acusado",* o fato é que foi condenado à pena de 06 (seis anos) anos de reclusão, é primário, portador de bons antecedentes e apresenta bom comportamento carcerário. Iniciou o cumprimento da pena em 15.07.2013 e atingiu o lapso temporal para progressão ao regime semiaberto em 09.12.2015, tendo o pedido negado em 23.06.2016. A conclusão da perícia é genérica, sem apontar dados específicos que levaram ao resultado, porquanto após extensa exposição acerca dos elementos abstratos para estudos psicológicos, concluiu pela inexistência de arrependimento em face de o réu manifestar-se como injustamente condenado. No caso em análise, uma das condições que vejo que possa justificar referida manifestação psíquica do réu, é o fato de a vítima ser maior de idade, desconhecendo a proibição de manter conjunção carnal com pessoa portadora de debilidade mental, ainda que haja o consentimento. Em face de todos os dados expostos, concluo que o exame criminológico não traz uma análise minuciosa sobre o perfil do sentenciado, limitando-se a concluir pela ausência de arrependimento em face do inconformismo com a condenação, logo, o relatório social não é conclusivo. O juiz não está vinculado à conclusão do exame criminológico, podendo rejeitá-lo (art. 182 do CPP), pois é necessário analisar todos os requisitos que façam presumir que o sentenciado voltará a delinquir, e, no caso específico, não identifico elementos suficientes ou subsídios de importância que recomendem a denegação do direito à progressão ao reeducando.

Contra o parecer, dou provimento ao recurso para o fim de considerar preenchidos os requisitos objetivo (lapso temporal – cálculo de fls. 02-03) e subjetivo (parecer de fls. 05-06) e conceder ao agravante a progressão ao regime semiaberto.

Comunique-se com urgência ao juízo da execução penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de novembro de 2016.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de agravo em execução interposto por Gilberto Santana contra a decisão que indeferiu o seu pedido de progressão de regime em razão da ausência de requisito subjetivo.

Em suas razões recursais as fls. 28-36, alega que a análise da progressão independente do exame criminológico, sob a alegação de que uma vez preenchidos os requisitos exigidos em lei para a passagem ao regime intermediário, inexiste razão para se fundamentar eventual negativa de progressão com base no exame criminológico.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 39-56 propugna pelo não provimento do recurso.

Em juízo de retratação, o magistrado a quo manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos – fl. 58.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 66-69 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto por Gilberto Santana contra a decisão que indeferiu o seu pedido de progressão de regime em razão da ausência de requisito subjetivo.

Em suas razões recursais as fls. 28-36, alega que a análise da progressão independente do exame criminológico, sob a alegação de que uma vez preenchidos os requisitos exigidos em lei para a passagem ao regime intermediário, inexiste razão para se fundamentar eventual negativa de progressão com base no exame criminológico.

Passo a analisar.

A decisão agravada está assim fundamentada (fls. 21-24):

> *"(...) O sentenciado preencheu o requisito objetivo para progressão prisional em 9.12.2015, consoante cálculo de f. 52-3. No entanto, para o deferimento do pedido também deve possuir requisito subjetivo, isto é, ter bom comportamento carcerário e condições de conviver em sociedade, sem eventual possibilidade de retorno à atividade criminosa, nos termos dos artigos 8.º e 112.º, ambos da Lei de Execução Penal.*
>
> *No caso em tela, foi determinada a realização de exame criminológico (f. 75-6) e o médico psiquiatra concluiu que o apenado é um criminoso com comportamento psicopata, violento e com alto risco de reincidência criminal, in verbis: "Síntese e Conclusões: O periciado é um criminoso com comportamento psicopático. Para o juízo o exame criminológico deve revelar à Justiça se o apenado apresenta periculosidade, se há possibilidade de voltar a delinquir, entre outros. Entretanto na área juspsiquiátrica*

> *o conceito de risco de violência superou o de periculosidade, posto que aquele agrega além dos traços constantes do indivíduo elementos situacionais, sociais e de elementos ambientais, de acordo com Thompson (1999) e Abdalla-Filho (2004). Nesse âmbito, é considerado comportamento psicopático aquele que revela tendência a práticas criminais, com padrão recidivante, sendo encontrado em indivíduos que apresentam uma personalidade transtornada, como descrito por Abdalla-Filho e Engelhardt (2003). A associação de transtorno psiquiátrico que auxilia na construção de uma visão mais fidedigna e menos preconceituosa e simplista do assunto de acordo com Abdalla-Filho (2004). Assim, no exame criminológico é realizada a denominada avaliação do risco de comportamento violento, uma das funções atribuídas ao profissional da psiquiatria forense. Não é admissível que se chegue a uma conclusão sobre o nível do risco de violência de um determinado examinando baseado tão somente em impressões superficiais sobre o seu comportamento. É importante deixar claro que os critérios clínicos são aqueles pesquisados essencialmente no exame psiquiátrico do periciando, procedentes tanto da história colhida na entrevista psiquiátrica como dos aspectos percebidos no exame do estado mental, podendo ainda ser utilizadas informações de terceiros, como, por exemplo, os autos processuais, os relatórios psicossociais relativos ao comportamento do periciando na instituição, quando este se encontra internado ou preso (Abdalla-Filho, 2006). (...) Além dos traços constantes de psicopatia do periciado, pesa-se nessa avaliação elementos situacionais e socioambientais relacionados ao controle do impulsos do periciado obtido por meio de tratamento psiquiátrico medicamentoso. Conclui-se nessa avaliação que, juspsiquiatricamente, o periciado tem grande risco de comportamento violento. A conclusão da perícia é desfavorável à progressão de regime prisional. (...) Percebe-se ainda que o periciado não apresenta sinais de culpa ou arrependimento em relação ao delito acusado."* Destaquei (f. 84-6). (...)
>
> *O requisito subjetivo é o indicativo de comportamento do reeducando, através dele demonstra estar apto ou não ao retorno do convívio em sociedade, não basta o lapso temporal (requisito objetivo), necessário também o cumprimento do requisito subjetivo (comportamento). Logo, sem este, deve-se indeferir o pedido.*
>
> *Diante do exposto, nos termos do artigo 112, da Lei de Execução Penal, indefiro o pedido de progressão de regime formulado por Gilberto Santana dada ausência do requisito subjetivo."*

O recurso merece provimento.

Após o advento da Lei n. 10.792/03, o exame criminológico não pode ser considerado como providência indispensável e prévia à concessão da progressão de regime ou mesmo do livramento condicional.

Contudo, dito estudo pode ser realizado caso o Magistrado *a quo*, em prudente análise do processo, verifique a existência de razões fáticas concretas que imponham sua confecção.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência, *verbis:*

> *"(...)* ***Na hipótese de haver, todavia, dúvida razoável acerca do merecimento e do preparo do sentenciado para a reinserção ao convício social, pelo cometimento de crimes graves, é sempre recomendável a realização do exame criminológico para auferir, com um mínimo de segurança, sua efetiva aptidão para o convívio social, ainda que já tenha cumprido os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Sua realização é não apenas possível, como recomendável, sempre que houver dúvida razoável acerca do merecimento e do preparo do sentenciado para o livramento condicional.*** *Não se pode perder de vista apenas que tal deve ocorrer apenas em situações específicas e excepcionais,*

> *decorrentes, seja do eventual cometimento de faltas disciplinares ao longo do cumprimento de sentença por crimes graves, seja do fato de os crimes pelos quais o reeducando cumpre pena terem sido perpetrados mediante emprego de violência, ou serem indicativos de periculosidade ou de personalidade distorcida." (TJ-SP - EP: 00646195120148260000 SP 0064619-51.2014.8.26.0000, Relator: Grassi Neto, Data de Julgamento: 05/03/2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 23/03/2015)* - destaque nosso.

Sobre o assunto, a Excelsa Corte editou a Súmula Vinculante n. 26, *in verbis*:

> *"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício,* ***podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico****."* - destaque nosso.

Embora seja o caso de condenado pela prática de crimes de natureza grave (art. 213 c.c. art. 224, *caput,* "b", ambos do Código Penal), verifica-se um equívoco na decisão que determinou a realização do referido exame, em que constou que a prática do crime foi contra criança de 10 anos de idade, quando na realidade a vítima contava com 24 anos de idade, todavia, possuía debilidade mental (consulta SAJPG – sentença de fls. 15-23).

Além disso, embora o laudo pericial realizado por profissional da área de psicologia (fls. 12-13), conclua que *"o periciado tem grande risco de comportamento violento. A conclusão da perícia é desfavorável à progressão de regime prisional. (...) Percebe-se ainda que o periciado não apresenta sinais de culpa ou arrependimento em relação ao delito acusado",* o fato é que foi condenado à pena de 06 (seis anos) anos de reclusão, é primário, portador de bons antecedentes e apresenta bom comportamento carcerário (SAJPG – fl. 64 e fls. 05-06 dos presentes autos).

Iniciou o cumprimento da pena em 15.07.2013 (fls. 02-03) e atingiu o lapso temporal para progressão ao regime semiaberto em 09.12.2015, tendo o pedido negado em 23.06.2016.

Dessarte, não ficou demonstrado com base em elementos concretos que o reeducando não possua condições para cumprir sua reprimenda em regime menos grave por ser inapto a retornar ao convívio social, tampouco indicou qualquer tratamento psicológico que seria necessário.

A conclusão da perícia é genérica, sem apontar dados específicos que levaram ao resultado, porquanto após extensa exposição acerca dos elementos abstratos para estudos psicológicos, concluiu pela inexistência de arrependimento em face de o réu manifestar-se como injustamente condenado.

No caso em análise, uma das condições que vejo que possa justificar referida manifestação psíquica do réu, é o fato de a vítima ser maior de idade, desconhecendo a proibição de manter conjunção carnal com pessoa portadora de debilidade mental, ainda que haja o consentimento.

A confusão de dados pelo reeducando e inconformismo por sua condenação é possível, se considerarmos que no julgamento do recurso de apelação o voto do relator foi por sua absolvição em face da inexistência de perícia acerca do grau de debilidade da vítima, cujo trecho me permito transcrever:

> *"Da análise dos autos observa-se que o acusado, ora apelante denunciado por estupor com violência presumida contra vítima débil mental, sendo a debilidade de conhecimento do agente.*
>
> *Contudo, não há nos autos laudo pericial que comprove a dimensão da debilidade da vítima e influência na vontade ou entendimento do ato, pois embora o laudo de exame*

de corpo delito tenha confirmado que a vítima é débil mental, não descreve seu grau de incapacidade e de discernimento dos fatos. (...)

Logo, na hipótese, tem-se que a presunção, nos estritos termos da letra "b", do artigo 224, do Código Penal, não ficou comprovada acima de qualquer controvérsia. (...)

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso interposto por Gilberto Santana, para absolvê-lo do crime previsto no artigo 213, cumulado com artigo 224, "b", ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal."- fls. 24-29 (SAJPG)

Em face de todos os dados expostos, concluo que o exame criminológico não traz uma análise minuciosa sobre o perfil do sentenciado, limitando-se a concluir pela ausência de arrependimento em face do inconformismo com a condenação, logo, o relatório social não é conclusivo.

O juiz não está vinculado à conclusão do exame criminológico, podendo rejeitá-lo (art. 182 do CPP), pois é necessário analisar todos os requisitos que façam presumir que o sentenciado voltará a delinquir, e, no caso específico, não identifico elementos suficientes ou subsídios de importância que recomendem a denegação do direito à progressão ao reeducando.

Contra o parecer, dou provimento ao recurso para o fim de considerar preenchidos os requisitos objetivo (lapso temporal – cálculo de fls. 02-03) e subjetivo (parecer de fls. 05-06) e conceder ao agravante a progressão ao regime semiaberto.

Comunique-se com urgência ao juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram 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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 04 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000334-68.2012.8.12.0013 - Jardim
Relator designado Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – FURTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – RÉU REINCIDENTE EM DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO – RECURSO PROVIDO.

O princípio da bagatela ou insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, incide, justamente, no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formalmente e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão considerável ao objeto jurídico tutelado pela norma (resultado insignificante).

In casu, a reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio não se mostra compatível com a aplicação do princípio da insignificância, o que demonstra que o delito de que aqui se trata não é fato isolado em sua vida e revela que as sanções penais anteriormente impostas não foram suficientes para impedir seu retorno às atividades criminosas.

Recurso provido.

Com o parecer

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor (Des. Francisco Gerardo), restando vencido o relator (Des. Dorival).

Campo Grande, 4 de novembro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença que absolveu sumariamente o acusado Manasse Luiz de Souza pela prática do delito furto, ante à aplicação do princípio da insignificância.

Narra a denúncia:

> *"Em 15 de agosto de 2011, por volta das 16h.30min., na General Câmara, n. 554, em Guia Lopes da Laguna (MS), o denunciado subtraiu, em proveito próprio, coisa alheia móvel de propriedade da vítima Rogério Luciano da Silva. Conforme se apurou, na data em que se deram os fatos, a vítima deixou sua bicicleta (descrita e avaliada em*

> *R$ 80,00, f. 10) estacionada na parte externa da casa. Infere-se, então, que o denunciado, aproveitando-se da ausência de vigilância da vítima sobre esse bem, dele se apoderou, tomando-o para si e, em seguida, deixou o local."*

Pugna reforma da sentença sob o argumento de que é incabível a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva do acusado. (fls. 72-81).

Em contrarrazões (fls. 87-96), a Defesa requer a manutenção da sentença objurgada.

Parecer da PGJ as fls. 102-110, pelo provimento do apelo. Prequestiona violação ao artigo 5.º, inciso XLVI, da CF e ao artigo 155 do CP.

VOTO (EM 04/11/2016)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença que absolveu sumariamente o acusado Manasse Luiz De Souza pela prática do delito furto, ante à aplicação do princípio da insignificância.

Pugna reforma da sentença sob o argumento de que é incabível a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva do acusado. (fls. 72-81).

Passo à análise.

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. É o caso dos autos.

Narra a denúncia:

> *"Em 15 de agosto de 2011, por volta das 16h.30min., na General Câmara, n. 554, em Guia Lopes da Laguna (MS), o denunciado subtraiu, em proveito próprio, coisa alheia móvel de propriedade da vítima Rogério Luciano da Silva. Conforme se apurou, na data em que se deram os fatos, a vítima deixou sua bicicleta (descrita e avaliada em R$ 80,00, f. 10) estacionada na parte externa da casa. Infere-se, então, que o denunciado, aproveitando-se da ausência de vigilância da vítima sobre esse bem, dele se apoderou, tomando-o para si e, em seguida, deixou o local."*

Embora reiteradamente me manifeste no sentido de não aplicar o referido princípio quando o acusado apresenta folha de antecedentes extensa (fls. 54-57), não há como considerar relevante a conduta descrita nos autos em face do insignificante valor do bem – uma bicicleta avaliada no montante de R$ 80,00 (oitenta reais), que representava aproximadamente 15 % do salário mínimo vigente na época dos fatos – R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais)[1] -, e também porque houve a recuperação e restituição à vítima, conforme auto de entrega de fl 15, bem como se trata de furto simples.

Há que se considerar, portanto, que não houve periculosidade social da ação.

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.

1 Lei 12.382/2011.

O princípio da bagatela ou insignificância consiste em causa supralegal de exclusão da ilicitude, verificada no caso concreto após criteriosa análise do julgador acerca das peculiaridades dos fatos, de forma que a intervenção do direito penal torna-se inoportuna.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância quando, no exame do caso concreto, resta evidenciada a ínfima lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado.* ***Isso se dá em observância aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, segundo os quais o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade. Nesse sentido, deve ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas não só no aspecto econômico, mas também em razão do grau de afetação da ordem social. -*** *In casu, o recorrido foi condenado pelo furto de um xampu e um condicionador, avaliados em R$ 65,00 (sessenta e cinco reais).* ***- Apesar de possuir uma condenação com trânsito em julgado não ficou demonstrada a presença de lesão significativa ao bem jurídico tutelado que justifique a intervenção do Direito Penal, sendo imperioso o reconhecimento da atipicidade material da conduta,*** *com a consequente absolvição do agravado. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1468879/RS, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015) – grifei.

Contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Revisor)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da r. sentença de primeira instância (pp. 67-68), que absolveu Manasse Luiz de Souza, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código Penal, aplicando-lhe o princípio da insignificância.

Dos autos consta que no dia 15 de agosto de 2011, por volta das 16h30m, na rua General Câmara, n. 554, na cidade de Guia Lopes da Laguna-MS, o apelado, que é criminoso habitual, subtraiu, para si, 01 (uma) bicicleta, avaliada em R$ 80,00 (oitenta) reais.

Em razões recursais (pp. 74-81), o representante do *Parquet* requer a reforma da sentença sob o argumento de que é incabível a aplicação do princípio da insignificância em razão da reiteração delitiva do acusado.

O d. Relator, Des. Dorival Moreira dos Santos, negou provimento ao recurso ministerial, ao argumento de que a conduta perpetrada pelo agente é irrelevante para o direito penal, pois, em que pese a extensa folha de antecedentes do apelado, trata-se de subtração de uma bicicleta avaliada em R$ 80,00 (oitenta reais), que representava aproximadamente 15% do salário mínimo vigente na época dos fatos – R$ 545,00, e também porque houve a recuperação e restituição à vítima, não havendo, portanto, periculosidade social da ação.

Todavia, peço vênia para divergir do voto inaugural, para dar provimento ao recurso ministerial e determinar o regular processamento do feito.

É que, para a incidência do princípio da insignificância é necessário o preenchimento de certos requisitos, a saber: ser mínima a ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; ser reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Neste panorama, o princípio da bagatela ou insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, incide, justamente, no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formalmente e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão considerável ao objeto jurídico tutelado pela norma (resultado insignificante).

A esse respeito, calha a lição de Cezar Roberto Bitencourt[2]:

> *"(...) A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. (...)"*

In casu, constata-se que há evidente carga de reprovabilidade na conduta do apelado, já que, conforme muito bem pontuado pelo *Parquet* e de acordo com a análise da certidão de antecedentes criminais (p. 54-57), é portador de maus antecedentes, dada a variedade de incidência criminais, com trânsito em julgado, por delitos contra o patrimônio praticados.

Como se vê, a reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio não se mostra compatível com a aplicação do princípio da insignificância, o que demonstra do delito de que aqui se trata não é fato isolado em sua vida e revela que as sanções penais anteriormente impostas não foram suficientes para impedir seu retorno às atividades criminosas.

Dessa forma, não atendido o requisito do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, não há como reconhecer a atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância.

A propósito:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. LESÃO MÍNIMA, CONDUTA DE PEQUENA REPROVABILIDADE E PERICULOSIDADE IRRELEVANTE. INEXISTÊNCIA. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. - Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, que permite ao relator dar provimento, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Precedentes. - A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. - Na hipótese dos autos, constata-se que há evidente carga de reprovabilidade na conduta do recorrido, pois é portador de*

2 **Código Penal comentado**. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

maus antecedentes, ostentando três condenações anteriores com trânsito em julgado, dentre elas uma por furto qualificado e outra por roubos consumado e tentados, ambos qualificados. - A reiteração no cometimento de crimes contra o patrimônio não se mostra compatível com a aplicação do princípio da insignificância, o que demonstra do delito de que aqui se trata não é fato isolado na vida do réu e revela que as sanções penais anteriormente impostas não foram suficientes para impedir seu retorno às atividades criminosas. Agravo regimental desprovido. (RESP 1.360.995/MG, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Marilza Maynard, DJe de 7.6.2013)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima surgem para evitar situações dessa natureza, atuando como instrumentos de interpretação restrita do tipo penal. 2. No caso, não obstante o ínfimo valor da res furtiva - R$ 100,00 (cem reais) -, o paciente é reincidente específico em crime patrimonial. Assim, a reiteração delitiva impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de pequenos delitos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (HC 251.904/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1.2.2013).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 4.º, I, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, 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. 2. Na hipótese dos autos, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelos ora Recorridos, já que o furto de 6 tubos de silicone, além da quantia de R$ 13,50, pertencentes à empresa vítima Cobraço Comércio e Materiais de Construção Ltda, foi realizado mediante rompimento de obstáculo e escalada, indicando, com isso, significativo grau de reprovabilidade da conduta delitiva. Sendo certo, ademais, que se tratam de réus reincidentes, o que revela ainda mais a incompatibilidade da aplicação, no caso, do princípio da insignificância. Precedentes. 3. Recurso provido para, afastando a aplicação do princípio da insignificância, cassar o acórdão recorrido, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que prossiga no julgamento da apelação criminal." (RESP 1.350.195/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 11.12.2012).

Por tais razões, não há falar em absolvição sumária pela atipicidade material da conduta, haja vista ser incabível, na espécie, a aplicação do princípio da insignificância.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao apelo ministerial e determino o regular processamento da ação penal em desfavor do apelado.

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. (Vogal)

Acompanho o Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor (Des. Francisco Gerardo), restando vencido o relator (Des. Dorival).

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 Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 04 de novembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1600779-20.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS EM FACE DA EX-ESPOSA, SOGRA, CUNHADA E DO FILHO – MESMO CONTEXTO FÁTICO – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, INCISO III, DO CPP – COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PARA APURAÇÃO DE TODOS OS DELITOS – CONFLITO PROCEDENTE.

A competência será determinada pela conexão, quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Havendo conexão probatória entre delitos abrangidos pela Lei n.º 11.340/06 e outro crime de competência do Juízo comum, todos devem ser julgados pelo juízo competente para apreciação das ações penais relacionadas à violência doméstica e familiar, pois a competência da Vara Especializada prevalece e atrai os crimes conexos.

Conflito acolhido para declarar a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para julgar os crimes conexos àquele abrangido pela Lei n. 11.340/06.

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, julgar procedente o conflito.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo d. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (págs. 06/11), nos autos n° 0010564-69.2016.8.12.0001, distribuído, originariamente, perante o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

O d. Juízo suscitante argumenta, em síntese, que deve ser reconhecida a competência do juízo da vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher para o processamento e julgamento do feito, afirmando que *"os fatos apurados nestes autos são evidentemente conexos, devendo ser julgados pela vara especializada, tal como se depreende da simples leitura à inicial (todos no mesmo contexto fático)."*

Por seu turno, o d. Juízo suscitado prestou informações às págs. 17/19, sustentando que:

> *"No presente caso se apura delito cometido supostamente pelo genro, cunhado e genitor dos ofendidos, restando demonstrada nos autos de inquérito policial a ausência de elementos que evidenciem a subjugação feminina, em especial pelo que se observa do histórico da ocorrência (p. 10). Não há indícios de que os delitos tenham sido perpetrados em razão das vítimas pertencerem ao sexo feminino, ou seja, pela questão de gênero, requisito indispensável para a incidência da Lei Maria da Penha, até porquê a agressão também foi perpetrada contra seu filho (sexo masculino). A atração da lei especial não deve ser dar único e exclusivamente pelo fato da vítima pertencer à família do agressor, conclusão que se extrai do próprio texto do art. 5º, caput da Lei 11.340/06, no qual descreve que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero."*

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Passo à análise do conflito.

Segundo consta na inicial acusatória (págs. 02/04 – ação penal de n.° 0010564-69.2016.8.12.0001):

> *"(...) Consta do presente inquérito policial que no dia 01 de setembro de 2015, por volta das 09:40 horas, na Rua Nova Andradina, n° 180, Jardim Aeroporto, nesta capital, o denunciado L. R.de A. ofendeu a integridade física das vítimas T. dos S., C. F. F. S., P. de F. e W. dos S. de A., sua ex-esposa, sogra, cunha e filho, respectivamente, bem como, ameaçou causar mal injusto e grave à T. dos S..*
>
> *Segundo apurou-se, no dia, hora e local mencionados, o denunciado lesionou a vítima Tatiane, desferindo-lhe diversos socos e chutes, derrubando-a no chão.*
>
> *Ao presenciar o ocorrido, C. F. F. S., mão da primeira vítima, na tentativa de defendê-la, foi agredida com socos pelo denunciado, bem como, foi atingida com um tijolo na cabeça.*
>
> *Ato contínuo, antes de ir embora do local, o denunciado ameaçou T. dos S., dizendo que "ele poderia ir preso mas que ao sair iria lhe matar" (sic).*
>
> *Passando aproximadamente 30 minutos, o denunciado L. R. de A. retornou e na posse de uma arma branca, consistente em faca, lesionou P. de F. S., atingindo-lhe nas costas, assim como, desferiu-lhe tapas, pontapés e puxões de cabelo.*
>
> *Após, o denunciado fugiu.*
>
> *Ao tomar conhecimento dos fatos, W. dos S. de A., dirigiu-se até a residência de seu genitor, ora denunciado, ocasião em que este desferiu-lhe um golpe de faca, acertando-lhe a mão. Na sequência, o denunciado passou a jogar diversos objetos cortantes contra W.*
>
> *A vítima T. dos S., representou criminalmente contra o denunciado (f.06).*
>
> *Segundo apurou-se, as lesões corporais sofridas pelas vítimas foram classificadas como leves, consoante se infere dos exames de corpo de delito de f. 19/33.*

> *Posto isso, estando satisfatoriamente presentes os requisitos para a propositura da ação penal, o Ministério Público Estadual denuncia L. R. de A. como incurso nas penas do artigo 129 (lesão corporal) § 9º (violência doméstica), por quatro vezes, e 147 (ameaça) c/c. artigo 61, inciso II, alínea "f", todos do Código Penal, observando-se as disposições da Lei n. 11.340/06. (...)"*

O feito foi distribuído originariamente perante o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande, o qual recebeu parcialmente a denúncia, reconhecendo sua competência para o processamento e julgamento apenas do delito de lesão corporal praticado em face da vítima T. dos S., ex-esposa do denunciado.

Em relação aos demais crimes perpetrados em face das vítimas C. F. F. S., P. de F. e W. dos S., o d. Juízo da Vara Especializada entendeu não ser o caso de aplicação da Lei Maria da Penha, razão pela qual declarou sua incompetência e determinou o desmembramento do feito e a remessa de cópias integrais a uma das Varas do Juizado Especial Criminal para apuração dos delitos contra C. e P., bem como o encaminhamento de cópias integrais a uma das Varas Criminais Residuais, para apuração do delito de lesão corporal em face de W.

Data vênia, o entendimento exarado pelo Juízo da Vara Especializada de Violência Doméstica não deve prevalecer, devendo ser acolhido o presente conflito negativo de competência.

Pois bem.

Na hipótese dos autos, é possível extrair dos elementos informativos e da descrição fática contida na denúncia que as supostas infrações praticadas pelo réu se deram em situação de violência no âmbito doméstico, em desfavor de sua ex-esposa, sua sogra, cunhada e também de seu filho, no mesmo contexto fático, havendo, por tal razão, correlação entre os delitos, incidindo a conexão instrumental, nos termos do art. 76, III do CPP, *in verbis*:

> *"Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*
>
> *(...)*
>
> *III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração."*

Ao analisar referido dispositivo legal, conclui-se que a reunião dos processos, em face da conexão probatória, visa facilitar a produção da prova de uma única vez, assim como para instrumentalizar o juiz das infrações penais reunidas, não se mostrando adequado proceder o desmembramento do feito, evitando-se dessa forma, eventuais decisões divergentes.

Assim, recomendável a instrução processual e julgamento em conjunto dos fatos imputados ao acusado.

Nesse sentido colaciono julgados deste Sodalício:

> *EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIMES DE LESÃO CORPORAL CONTRA A CONVIVENTE E AMEAÇA CONTRA A AMIGA DAQUELA – MESMO CONTEXTO FÁTICO - CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO - COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - PROCEDENTE. Há conexão instrumental entre as infrações de lesão corporal cometidas no âmbito de*

violência doméstica contra a convivente e ameaça praticada contra a amiga daquela, pois praticadas no mesmo contexto fático, havendo correlação entre os delitos, nos termos dos artigos 76, III do CPP. O presente conflito deve ser acolhido, vez que a competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é, em razão da matéria, absoluta e atrai todos os feitos conexos. Com o parecer, acolho o conflito suscitado para reconhecer como competente para processar e julgar o feito o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande." (TJMS; Conflito de Jurisdição n. 0008572-71.2015.8.12.0110; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 04.11.2016).

"EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – SUSCITANTE O JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE E SUSCITADO O JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – CRIMES DE LESÃO CORPORAL – AGRESSÕES MÚTUAS – CRIMES RECÍPROCOS E EM AMBIENTE FAMILIAR – OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA DO HOMEM CONTRA A MULHER E DESTA CONTRA ELE – FATOS CONEXOS – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ART. 76, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AFASTADA A COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL RESIDUAL – FIXADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – VARA ESPECIALIZADA QUE ATRAI COMPETÊNCIA DE CRIMES CONEXOS – JUÍZO ADEMAIS PREVENTO, EX VI DAS REGRAS FIXADAS NO ART. 78 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFLITO PROCEDENTE. A competência será determinada pela conexão, quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Havendo conexão probatória entre delitos abrangidos pela Lei n.º 11.340/06 e outro crime de competência do Juízo comum, todos devem ser julgados pelo juízo competente para apreciação das ações penais relacionadas à violência doméstica e familiar, pois a competência da Vara Especializada prevalece e atrai os crimes conexos, e ademais este é também o Juízo prevento no caso. Com o parecer. Conflito de Jurisdição procedente, declarando competente, in casu, o Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (Juízo Suscitado)." (TJMS; Conflito de Jurisdição n. 1600795-71.2016.8.12.0000 – Campo Grande; Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 18.10.2016).

"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).

Os crimes em apuração sujeitam-se à conexão instrumental, devendo ser julgados por um mesmo Juiz, no caso, o detentor da jurisdição especial de violência doméstica.

Ademais, é indiferente para a definição da competência o fato de também haver uma conduta dirigida contra um homem, pois os fatos delituosos deram-se em um só contexto, sendo certo que a prova de uma infração influirá na apuração da outra.

Resta, assim, nítida a aplicabilidade da Lei n. 11.340/06, devendo o feito ser processado e julgado perante o d. Juízo suscitado.

Destarte, com o parecer, acolho o presente conflito para reconhecer a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande para processar e julgar os autos n.º 0010564-69.2016.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram procedente o conflito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0026406-89.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INDEFERIMENTO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESO DE ALTA PERICULOSIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA NO INTERESSE PÚBLICO PARA GARANTIA DA ORDEM E SEGURANÇA – PROGRESSÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO – INCOMPATIBILIDADE COM A MANTENÇA EM PRESÍDIO FEDERAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A transferência para cumprimento de pena em outra localidade não é direito subjetivo do reeducando, sendo tal matéria adstrita à discricionariedade do juízo da execução.

In casu, o indeferimento do pedido de transferência não se deu sem qualquer justificativa, mas no interesse da administração, com o intuito de garantir a ordem e a segurança, considerando as condições de precariedade e superlotação carcerária do estabelecimento penal pretendido.

Subleva ressaltar, como bem observado pelo juiz *a quo*, a alta periculosidade do agravante, incluído em unidade penitenciária Federal por ser membro de facção criminosa.

Quando contrapostos – direito individual do agravante de ser recolhido em local próximo ao seu meio social e familiar e o interesse da administração da justiça criminal –, prepondera este último, observando-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Embora o agravante refira-se à revogação da prisão preventiva determinada nos autos nº 0021604-53.2013.8.12.0001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS), persiste uma condenação transitada em julgado (autos nº 0003166-06.2014.4.01.4100), em trâmite na Comarca de Porto Velho-RO.

Outrossim, não há o que se falar em progressão de regime para o semiaberto, eis que a unidade prisional onde permanece é incompatível com tal benesse, além de que claramente não preenchido o requisito subjetivo para tanto.

Com o parecer da PGJ. Recurso improvido.

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, 29 de setembro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Aderso Pereira Rodrigues Júnior, já qualificado nos autos, por seus advogados, interpõe agravo em execução contra decisão que acolheu o pedido de prorrogação da prisão do interno no sistema penitenciário federal e progressão de regime prisional.

Aduz que, através de pedido de providências, o Departamento Penitenciário Nacional requereu decisão fundamentada sobre o interesse de renovação da permanência do apenado na Penitenciária Federal de Porto Velho/RO.

A AGEPEN/MS, por meio do ofício, recomendou, alternativamente, pela renovação da permanência do agravante no Presídio Federal de Porto Velho/RO, ou transferência para o Presídio Estadual da Comarca de Dourados/MS.

Rememora que o agravante cumpre a pena em regime fechado, na Penitenciária Federal de Porto Velho/RO, para a qual fora transferido em 20 de janeiro de 2014 (Execução de Pena n.0003166-0.2014.4.01.4100), por conta da decretação de prisão preventiva nos Autos 0021604-53.2013.8.12.0001 (2ª Vara Criminal de Campo Grande/MS), por sua vez, revogada, em 04 de fevereiro de 2015, expedindo-se alvará de soltura (Carta Precatória n. 0001342-75.2015.4.01.4100).

Acrescenta que o agravante já cumpriu mais de 07 (sete) anos, de pena privativa de liberdade, inclusas as remissões, do total da pena de 19 (dezenove) anos e 20 (vinte) dias, cuja data base para progressão é dia 21 de janeiro de 2012, já atingindo o direito a progressão de regime prisional (semiaberto).

No entanto, o juízo *a quo* prorrogou a prisão na Unidade Federal, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias, indeferindo o pedido de progressão do regime.

Aponta que, quando da transferência, fundamentou-se a decisão no fato de o apenado ser membro de facção criminosa autodenominada "Primeiro Comando da Capital (PCC)", organização voltada à prática de tráfico de drogas, associação para o tráfico, comércio ilegal de armas de fogo, roubos, furto, lavagem de capitais e homicídios.

Porém, a decisão agravada em nenhum momento observou a revogação da prisão preventiva, violando, no sentir da defesa, o princípio constitucional da não-culpabilidade, haja vista a inexistência de trânsito em julgado.

Outrossim, o agravante já está recolhido por mais de 02 (dois) anos na unidade prisional federal de Porto Velho/RO, distante de seus familiares, tornando a medida desumana, além de já ter adquirido o direito à progressão de regime para o semiaberto.

Assim, postula, alternativamente, pela transferência para Campo Grande/MS – onde possui residência, domicílio e família –, considerando-se a progressão de regime, ou, ainda, à Penitenciária Estadual de Dourados/MS.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (fls. 86-90).

A decisão foi mantida, determinando-se o processamento do instrumento (f. 91).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (fls. 99-104).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Aderso Pereira Rodrigues Júnior, já qualificado nos autos, por seus advogados, interpõe agravo em execução contra decisão que acolheu o pedido de prorrogação da prisão do interno no sistema penitenciário federal e progressão de regime prisional.

Aduz que, através de pedido de providências, o Departamento Penitenciário Nacional requereu decisão fundamentada sobre o interesse de renovação da permanência do apenado na Penitenciária Federal de Porto Velho/RO.

A AGEPEN/MS, por meio do ofício, recomendou, alternativamente, pela renovação da permanência do agravante no Presídio Federal de Porto Velho/RO, ou transferência para o Presídio Estadual da Comarca de Dourados/MS.

Rememora que o agravante cumpre a pena em regime fechado, na Penitenciária Federal de Porto Velho/RO, para a qual fora transferido em 20 de janeiro de 2014 (Execução de Pena n.0003166-0.2014.4.01.4100), por conta da decretação de prisão preventiva nos Autos 0021604-53.2013.8.12.0001 (2ª Vara Criminal de Campo Grande/MS), por sua vez, revogada, em 04 de fevereiro de 2015, expedindo-se alvará de soltura (Carta Precatória n. 0001342-75.2015.4.01.4100).

Acrescenta que o agravante já cumpriu mais de 07 (sete) anos, de pena privativa de liberdade, inclusas as remissões, do total da pena de 19 (dezenove) anos e 20 (vinte) dias, cuja data base para progressão é dia 21 de janeiro de 2012, já atingindo o direito a progressão de regime prisional (semiaberto).

No entanto, o juízo *a quo* prorrogou a prisão na Unidade Federal, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias, indeferindo o pedido de progressão do regime.

Aponta que, quando da transferência, fundamentou-se a decisão no fato de o apenado ser membro de facção criminosa autodenominada "*Primeiro Comando da Capital (PCC)*", organização voltada à prática de tráfico de drogas, associação para o tráfico, comércio ilegal de armas de fogo, roubos, furto, lavagem de capitais e homicídios.

Porém, a decisão agravada em nenhum momento observou a revogação da prisão preventiva, violando, no sentir da defesa, o princípio constitucional da não-culpabilidade, haja vista a inexistência de trânsito em julgado.

Outrossim, o agravante já está recolhido por mais de 02 (dois) anos na unidade prisional federal de Porto Velho/RO, distante de seus familiares, tornando a medida desumana, além de já ter adquirido o direito à progressão de regime para o semiaberto.

Assim, postula, alternativamente, pela transferência para Campo Grande/MS – onde possui residência, domicílio e família –, considerando-se a progressão de regime, ou, ainda, à Penitenciária Estadual de Dourados/MS.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (fls. 86-90).

A decisão foi mantida, determinando-se o processamento do instrumento (f. 91).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (fls. 99-104).

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do recurso.

Porém, hei por bem improvê-lo.

Explico.

E, para tanto, transcrevo a decisão agravada (0500507-03.2014.8.12.0001; fls. 78-80):

> *"Trata-se de pedido de providências, no qual foi juntado ofício vindo do Departamento Penitenciário Nacional solicitando decisão fundamentada acerca do interesse na renovação da permanência de Aderso Pereira Rodrigues Junior na Penitenciária Federal de Porto Velho/RO (f. 90-91).*
>
> *Em sua manifestação, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, AGEPEN, recomendou a manutenção do sentenciado no Presídio Federal para garantia da ordem e da segurança (f. 95-99), com o que o Ministério Público foi favorável (f. 103).*
>
> *A defesa, por sua vez, solicitou o recambiamento do interno para a unidade penal de origem (f. 106-108), alegando às f. 119-121 que este já possui lapso temporal para progressão para o regime semiaberto.*
>
> *DECIDO.*
>
> *Inicialmente, consigno que o §1º do art. 4º da Lei nº 11.671, de 08 de maio de 2008, estabelece que a execução da pena privativa de liberdade, no período em que durar a transferência ficará a cargo do juízo federal competente. Assim, a alegação de que o reeducando "já atingiu o direito a progressão de regime 'semiaberto'"(sic) (f. 106-108), deve ser apresentada na Execução de Pena que tramita no juízo federal competente da Seção Judiciária de Rondônia, competente inclusive para aplicação do disposto no art. 11 do Decreto nº 6.877/2009.*
>
> *Quanto à alegação de que os familiares do reeducando moram nesta comarca, registro que o cumprimento de pena não está vinculado à circunscrição da jurisdição que aplicou a sanção penal, podendo ocorrer a transferência e cumprimento da pena em outra comarca ou Estado, conforme prevê o artigo 86 da Lei de Execução Penal, in verbis:*
>
> *"As penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.*
>
> *§ 1º - A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado" (redação dada pela Lei n.º 10.792/2003).*
>
> *Neste sentido, prevê o artigo 3º, da Lei n.º 8.072/90, in vebis:*
>
> *"A União manterá estabelecimento penais de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública".*
>
> *Consigne-se ainda que muito embora, por razões de política criminal, seja aconselhado a manutenção do sentenciado próximo aos familiares a fim de favorecer a ressocialização, tal circunstância não se reveste de direito do preso, devendo a segurança pública sobrepor sobre o interesse individual.*

Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

"STJ: Pena – Cumprimento em estabelecimento penal de outra unidade da federação – Admissibilidade dada a ausência de condições mínimas de segurança no local da residência do sentenciado – Inteligência do art. 86 da Lei 7.210/84. (...) À vista de ausência mínimas das condições do presídio para guarda e segurança dos condenados, o art. 86 da Lei de Execução Penal prevê a remoção de presos para estabelecimento penal de outra unidade da federação a fim de evitar fuga e ensejar o cumprimento da pena, não se constituindo em direito absoluto do sentenciado a execução da pena no local da sua residência" (RT 744/521).

A inclusão de preso em unidade prisional federal demanda a constatação de determinadas características, consoante art. 3º do Decreto n.º 6.877/09, in verbis:

Art. 3º - Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem;

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Nestas diretrizes, a transferência e manutenção de preso em Presídio Federal requer a observação de umas das condições do artigo 3º do Decreto Federal n.º 6.877/09.

No caso em tela, a GISP, Gerência de Inteligência da Sistema Penitenciário, órgão da AGEPEN criado para coletar, buscar, elaborar, processar e difundir dados, conhecimentos e documentos relacionados com a política de administração do Sistema Prisional, realizou uma análise do histórico prisional do custodiado (f. 95-99), verificando que possui envolvimento com a facção criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital" (PCC).

Consigno que, segundo o relatório feito pela GISP, a referida organização criminosa almeja elevar seu nível de influência em todos Estados brasileiros, motivo pelo qual o isolamento das lideranças negativas é necessário.

Assim, conclui-se de forma irrefutável que o detento desempenha liderança e participação relevante na organização criminosa; que exerce crimes com violência ou grave ameaça; que é necessário cautela com relação a ocorrência de eventual ato de violência ou grave indisciplina no sistema prisional estadual.

Ante o exposto, resta consubstanciado nos autos a periculosidade do sentenciado Aderso Pereira Rodrigues Junior, satisfazendo as elementares previstas no artigo 3º do Decreto n.º 6.877/09, razão porque acolho o pedido da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário e, com base no parágrafo 1º do artigo 10 da Lei n.º 11.671/2008,

indefiro os pedidos de f. 106-108 e requeiro ao douto Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia a prorrogação da prisão do interno na unidade federal, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias.

Comunique-se à Agência Estadual de Administração Penitenciário.

Após, em cumprimento ao art. 6º do Decreto nº 6.877/2009, remetam-se os autos, com urgência, à 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia.

Intimem-se. Cumpra-se(...)"

Como se vê, o juízo de origem pautou sua decisão na em relatório expedido pelo Sistema Carcerário, o qual sugeriu a permanência do agravante no Presídio Federal, haja vista se tratar de membro da facção criminosa denominada PCC (Primeiro Comando da Capital), consistindo em influência negativa à massa carcerária deste Estado.

Nisto, concluo que o interesse da administração, *in casu,* prevalece sobre o individual, sobretudo para se ver garantida a incolumidade pública.

Acrescente-se que não há direito absoluto à permanência próxima a suas famílias de origem, consistindo em discricionariedade do julgador, o qual deverá pautar-se em outros fundamentos para só então conceder o pleiteado.

Logo, verificado o conflito de interesses entre o direito individual do reeducando e o interesse da administração criminal, o desta última prevalece, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.

Nesse sentido,

"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESIDIO FEDERAL PARA UNIDADE PRISIONAL DESTE ESTADO DA FEDERAÇÃO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE PERMANÊNCIA DO PRESO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL. DECISÃO DO JUÍZO DE PISO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Vislumbra-se, no caso em apreço, que a decisão de renovação do período de permanência do agravante no sistema prisional federal restou fundamentada, especialmente, no interesse da Segurança Pública do Estado, baseada em fatos concretos, como forma de garantir a ordem pública e a paz social desta Unidade Federativa, porquanto restou provado tratar-se o ora agravante de preso de alta periculosidade, com elevado grau de articulação em organizações criminosas e potencial de liderança da massa carcerária, com condenações na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça, como roubo, latrocínio, homicídio qualificado e ameaça. 2. Saliente-se que, embora a Lei n. 11.671/2008 limite em 360(trezentos e sessenta) dias o prazo de permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, sua renovação ***é*** *assegurada pelo § 1º, do art. 10, da mesma legislação, quando solicitada motivadamente pelo juízo de origem, o que restou devidamente demonstrado no caso em apreço. 3. Ressalte-se que os direitos do preso não são absolutos e a decisão ora combatida se encontra amparada em motivação idônea e suficiente, com base em fatos devidamente comprovados, reveladores da necessidade, ainda presente, de manutenção do agravante em presídio federal, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.671/2008 e incisos I, IV e VI, do art. 3º do Decreto nº 6.877/2009, sendo incabível, portanto, o acolhimento do pleito de transferência do apenado para unidade prisional deste Estado da Federação.*

> *4. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora."* (TJPA; AG-ExPen 0065568-35.2015.8.14.0401; Ac. 163255; Belém; Primeira Câmara Criminal Isolada; Relª Desª Vânia Lúcia Silveira Azevedo da Silva; Julg. 16/08/2016; DJPA 18/08/2016; Pág. 186)
>
> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PEDIDO DE PERMUTA PARA PRESÍDIO LOCAL. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO JUÍZO A QUO. Quando a transferência está autorizada com base em elementos concretos que demonstraram ser necessária a medida, não há se falar em ausência de fundamentação e consequente nulidade processual. 2- PROXIMIDADE DOS FAMILIARES. INTERESSE PESSOAL. PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E DO ADEQUADO CUMPRIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A periculosidade concreta do agravante, que desempenha função de liderança em facção criminosa voltada para o tráfico de drogas de grande porte, impõe a sua manutenção em Presídio Federal de Segurança Máxima, como medida excepcional e apropriada para resguardar a ordem pública e o cumprimento adequado da pena. De modo que a transferência/permuta não constitui direito líquido e certo do reeducando. Agravo conhecido e desprovido."* (TJGO; AG-ExPen 0425887-27.2015.8.09.0079; Itaberaí; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Leandro Crispim; DJGO 15/08/2016; Pág. 218)

Esta Corte tem sedimentado tal entendimento:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESO DE ALTA PERICULOSIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA NO INTERESSE PÚBLICO PARA GARANTIA DA ORDEM E SEGURANÇA. MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Tem-se que atransferência para cumprimento de pena em outra localidade não é direito subjetivo do reeducando, sendo tal matéria adstrita à discricionariedade do juízo da execução. In casu, o indeferimento do pedido de transferência não se deu sem qualquer justificativa, mas no interesse da administração, com o intuito de garantir a ordem e a segurança, considerando as condições de precariedade e superlotação carcerária do estabelecimento penal pretendido. Sobreleva ressaltar, como bem observado pelo juiz a quo, a alta periculosidade do agravante, que fora incluído no Sistema Penitenciário Federal por ser líder de facção criminosa, com alto nível de influência não somente sobre os outros detentos, como também fora do presídio. Demais disso, o agravante sequer possui pendências criminais neste Estado, o que torna inviável sua transferência da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS. Estando em conflito o direito individual do agravante de ser recolhido em local próximo ao seu meio social e familiar e o interesse da administração da justiça criminal, não resta dúvida de que deve prevalecer este último, sob pena de violar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Com o parecer, nego provimento.* (TJMS; AG-ExPen 0007002-52.2016.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 19/07/2016; Pág. 62)

Outrossim, embora o agravante refira-se à revogação da prisão preventiva determinada nos autos nº 0021604-53.2013.8.12.0001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS), persiste uma condenação transitada em julgado (autos nº 0003166-06.2014.4.01.4100), em trâmite na Comarca de Porto Velho-RO.

Acrescente-se que não há o que se falar em progressão de regime para o semiaberto, eis que a unidade prisional onde permanece é incompatível com tal benesse, além de que claramente não preenchido o requisito subjetivo para tanto.

Ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo.

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. 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, 29 de setembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0101277-51.2007.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INTERPOSIÇÃO MINISTERIAL – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA APÓS O PERÍODO DE PROVA – OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA JUSTIFICAR OS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO IMPOSTA – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação tenha ocorrido durante o referido lapso temporal.

Diante da impossibilidade de revogação da benesse de forma automática, necessária a intimação do acusado para justificar o motivo do descumprimento da medida que lhe foi imposta.

Recurso em sentido estrito a que se dá parcial provimento, 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, com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de novembro 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 pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 127-128 que, com fulcro no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95, julgou extinta a punibilidade de Marcos Aparecido Barreiros.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 135-141 visa a reforma da sentença, com a revogação da suspensão condicional do processo, prosseguindo-se o feito com a designação de audiência de instrução e julgamento, porquanto o recorrido não cumpriu integralmente as condições impostas quando da concessão do *sursis* processual.

A defesa apresentou contrarrazões a f. 150-155, pugnando pelo desprovimento do recurso. Para fins de prequestionamento requereu manifestação expressa sobre doutrina e jurisprudência dominante acerca do assunto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 163-168, opinou pelo parcial provimento do recurso, para os fins de se anular a decisão que extinguiu a punibilidade do recorrido, intimando-se-o para que justifique acerca da impossibilidade de adimplir a condição imposta e, em caso de não acolhimento da satisfação, pela revogação do benefício.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 127-128 que, com fulcro no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/95, julgou extinta a punibilidade de Marcos Aparecido Barreiros.

Por inconformar-se com a decisão a parte recorrente, pelas razões expostas a f. 135-141 visa a reforma da sentença, com a revogação da suspensão condicional do processo, prosseguindo-se o feito com a designação de audiência de instrução e julgamento, porquanto o recorrido não cumpriu integralmente as condições impostas quando da concessão do *sursis* processual.

A defesa apresentou contrarrazões a f. 150-155, pugnando pelo desprovimento do recurso. Para fins de prequestionamento requereu manifestação expressa sobre doutrina e jurisprudência dominante acerca do assunto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 163-168, opinou pelo parcial provimento do recurso, para os fins de se anular a decisão que extinguiu a punibilidade do recorrido, intimando-se-o para que justifique acerca da impossibilidade de adimplir a condição imposta e, em caso de não acolhimento da satisfação, pela revogação do benefício.

É o que basta para a análise.

Infere-se da denúncia (a f. 01-03) que Marcos Aparecido Barreiro foi denunciado pela prática do crime de receptação, porque no dia 06 de outubro de 2006, por volta das 10h40min, no assentamento Itamarati, em Ponta Porã-MS, foi surpreendido conduzindo, em proveito próprio, a motocicleta da marca Honda, modelo Twister, chassi nº. 9C2MC35003R127367, que sabia ser produto de crime.

Em data de 06.09.2012, foi-lhe proposta a suspensão condicional do processo (a f. 108), pelo prazo de 02 anos, mediante o cumprimento de condições, as quais foram por ele aceitas. Em razão do descumprimento de uma das condições estabelecidas (pagamento de R$ 622,00 em favor do Conselho da Comunidade de Ponta Porã), o Ministério Público requereu a sua intimação para que justificasse o não adimplemento da pecúnia, pedido que, todavia, foi indeferido, declarando-se extinta a punibilidade de Marcos, em razão do decurso do período de prova sem que houvesse revogação.

Primeiramente, há que se consignar que é perfeitamente possível a revogação da suspensão condicional do processo após o transcurso do período de prova, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Nesse sentido, o entendimento da Excelsa Corte:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MEDIDA DESPENALIZADORA. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA. NÃO-CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO DE COMPARECIMENTO MENSAL AJUÍZO. INADMISSIBILIDADE DO APROVEITAMENTO DE COMUNICAÇÕES DE VIAGEM PARA EFEITO DE AUTORIZAÇÕES DE AFASTAMENTO DA COMARCA. CONDIÇÕES DISTINTAS DE CUMPRIMENTO. JUSTIFICATIVAS INSUBSISTENTES.*

OBSERVÂNCIA DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÕES NÃO VERSADAS NA DECISÃO AGRAVADA. NÃO-CONHECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O instituto da suspensão condicional do processo constitui importante medida despenalizadora, estabelecida por motivos de política criminal, com o objetivo de possibilitar, em casos previamente especificados, que o processo nem chegue a se iniciar. 2. A jurisprudência desta Casa de Justiça é firme no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos até o seu término. A melhor interpretação do art. 89, § 4º, da Lei 9.099/95 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida após o final do período de prova (cf. HC 84.593/SP, Primeira Turma, da minha relatoria, DJ 03/12/2004). Precedentes de ambas as Turmas. 3. Em se tratando de instrumento de política criminal despenalizadora, o instituto da suspensão condicional do processo exige mais do que a aplicação das condições objetivamente consideradas. Vai além: para efeito de revogação da suspensão do processo, confere ao julgador importante função de sopesar a gravidade de eventual falta no cumprimento das condições fixadas, diante da conduta do acusado frente ao benefício. 4. O acusado não soube se valer do favor legal que lhe foi conferido, não demonstrando o necessário comprometimento com a situação de suspensão condicional do processo, em claro menoscabo da Justiça Criminal do Estado. Na situação em concreto, deixou o acusado de cumprir uma das condições com as quais se comprometeu, respeitante ao comparecimento mensal em Juízo eleitoral para informar e justificar as suas atividades. 5. O comparecimento a juízo constitui obrigação distinta daquela alusiva às justificações para viagem, motivo pelo qual não podem as diversas comunicações de viagem juntadas aos autos ser encaradas como justificadoras do não-comparecimento do acusado. Por outro lado, considera-se justificado o não-comparecimento ocorrido no mês de setembro de 2006, quando, estando o acusado em campanha eleitoral, a exigência de comparecimento importaria dano à continuidade de suas atividades, incompatível com as finalidades do instituto da suspensão do processo. (Cf. Inq 641-QO/MG, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Marco Aurélio, DJ 05/06/1998.) 6. Não há que se falar em falta de prévio contraditório nesta nossa instância quando se observa que, logo em seguida ao pronunciamento do Procurador-Geral da República, o acusado teve vista efetiva dos autos, em atendimento a requerimento por ele apresentado, nada peticionando. Inconformismo que foi manifestado apenas depois de exarada a decisão revogatória do benefício, por meio do presente recurso, cujo conhecimento, per se, afasta eventual prejuízo, não demonstrado na espécie. 7. Agravo regimental desprovido" (AP 512 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, acórdão eletrônico DJe-077 Divulg 19-04-2012 Public 20-04-2012).

No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 89, § 5º, DA LEI Nº 9.099/95. OCORRÊNCIA. SURSIS PROCESSUAL. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que "o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação tenha ocorrido durante o referido lapso temporal."

Precedentes do STJ e do STF." (REsp 1.391.677/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 18/10/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento...". (AgRg no AREsp 361.602/RJ, da relatoria da Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/04/2014).

> *"(...) RECURSO ESPECIAL - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - DESCUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO DE COMPARECIMENTO MENSAL A JUÍZO - POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA BENESSE APÓS O DECURSO DO PERÍODO DE PROVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 89, §§ 4º E 5º, DA LEI Nº 9.099/95 - REVOGAÇÃO FACULTATIVA DA BENESSE - OBRIGATORIEDADE DE INTIMAR O ACUSADO PARA JUSTIFICAR OS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO IMPOSTA - RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.*
>
> *1. Não há dúvida de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação tenha ocorrido durante o referido lapso temporal. Precedentes do STJ e do STF.*
>
> *2. Impossibilidade de revogação da benesse de forma automática porque se trata de hipótese de revogação facultativa (descumprimento da obrigação de comparecer pessoal e mensalmente em Juízo), prevista no art. 89, § 4º, da Lei nº 9.099/95, fazendo-se necessária a intimação do acusado para justificar o motivo descumprimento da medida que lhe foi imposta...".* (REsp 1391677/RJ, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013.)

Na hipótese, como mencionado, o recorrido foi beneficiado com a suspensão condicional do processo e, embora tenha expressamente aceitado as condições estabelecidas, deliberadamente deixou de cumpri-las, o que implica, indubitavelmente, na revogação dessa medida.

Contudo, verifica-se que ele não foi devidamente intimado para o fim de justificar a sua inadimplência, de modo que se impõe a sua prévia oitiva para que se manifeste sobre os motivos que deram causa ao descumprimento das condições estabelecidas no *sursis* processual. Nesse sentido:

> *"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. REVOGAÇÃO. FACULTATIVA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do art. 89, §§ 3.º e 4.º, da Lei n.º 9.099/95, o sursis processual será obrigatoriamente revogado quando o beneficiário for processado por outro crime, no decorrer do período de prova, ou na ausência de reparação do dano sem motivo justificado, sendo a revogação facultativa nas hipóteses em que for processado por contravenção penal, no curso do prazo, ou descumprir qualquer outra condição estabelecida.*
>
> *2. No caso de revogação facultativa é imprescindível que o magistrado, antes de revogar o sursis processual, intime o beneficiário a fim de lhe dar a oportunidade de se justificar quanto ao descumprimento de condição imposta.*
>
> *3. In casu, diante da notícia de que o ora paciente havia descumprido uma das condições da suspensão condicional do processo, o magistrado determinou a imediata revogação do benefício, sem a sua prévia oitiva, fato que revela patente ilegalidade.*
>
> *4. Recurso ordinário a que se dá provimento para anular a decisão que revogou o sursis processual, a fim de que seja o paciente previamente intimado para se manifestar sobre o descumprimento de condição imposta"* (STJ - Processo: RHC 54820 SP 2014/0336644-9 - Relator(a): Ministra Maria Thereza De Assis Moura - Julgamento: 10/03/2015 - Órgão Julgador: Sexta Turma - Publicação: DJe 16/03/2015).

Em caso de silêncio do acusado ou, em não sendo acolhida a sua satisfação, deve o benefício ser revogado, prosseguindo-se a ação penal.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público para anular a sentença que extinguiu a punibilidade de Marcos Aparecido Barrreiros, determinando a sua regular intimação para que se manifeste acerca dos motivos os quais deram causa ao descumprimento da condição imposta no *sursis* processual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

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. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 17 de novembro de 2016.

***

Seção Criminal
Agravo Regimental nº 1602581-24.2014.8.12.0000/50008 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – CRIME ATRIBUÍDO A PREFEITO – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RENÚNCIA AO CARGO APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO – COMPETÊNCIA CONSOLIDADA – PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – § 2º DO ARTIGO 399 DO CPP – DESPROVIMENTO.

Pelo princípio da identidade física do juiz em matéria processual penal, consolidado pelo § 2º do artigo 399 do CPP, o juiz que presidiu a instrução é o competente para prolatar a sentença.

A renúncia ao cargo de prefeito, operada após o encerramento da instrução, não altera a competência originária da Seção Criminal do Tribunal de Justiça para julgar o processo.

Recurso a que se nega provimento.

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, improver o recurso.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de agravo regimental interposto por Gilmar Antunes Olarte contra a decisão de f. 2.135/2.136, que reconheceu a competência da Seção Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado para julgar o presente feito, inobstante a renúncia perpetrada pelo agravante ao cargo de prefeito.

Alega, em síntese, que a decisão é equivocada porque, recentemente, o STF entendeu de forma diferente, no sentido de que, ocorrendo a renúncia ao mandato eletivo, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar a ação penal originária.

Refugia-se nos fundamentos expostos na decisão do STF para dizer que, à data da renúncia, ainda não haviam sido apresentadas as alegações finais dos réus Ronan Edson Feitosa de Lima e Luiz Márcio dos Santos Feliciano, de maneira que o processo encontrava-se inapto para julgamento, inexistindo, por outro lado, qualquer risco de ocorrer a prescrição.

Finaliza dizendo inexistir razão para interpretação ampliativa da norma relativa ao foro por prerrogativa de função, prevista pelo art. 29, X, da Constituição Federal, postulando, portanto, a remessa dos autos e seus incidentes à Justiça Comum.

VOTO (EM 28/09/2016)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Gilmar Antunes Olarte contra a decisão de f. 2.135/2.136, que reconheceu a competência da Seção Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado para julgar o presente feito, inobstante tenha renunciado ao cargo de prefeito.

Alega, em síntese, que a decisão é equivocada porque, recentemente, o STF entendeu de forma diferente, no sentido de que, ocorrendo a renúncia ao mandato eletivo, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar a ação penal originária.

Refugia-se nos fundamentos expostos na decisão do STF para dizer que, à data da renúncia, ainda não haviam sido apresentadas as alegações finais dos corréus Ronan Edson Feitosa de Lima e Luiz Márcio dos Santos Feliciano, de maneira que o processo encontrava-se inapto para julgamento, inexistindo, por outro lado, qualquer risco de ocorrer a prescrição.

Finaliza dizendo inexistir razão para interpretação ampliativa da norma relativa ao foro por prerrogativa de função, prevista pelo art. 29, X, da Constituição Federal, postulando, portanto, a remessa dos autos e seus incidentes à Justiça Comum.

É o que basta para analisar a pretensão.

De início saliento que esta colenda Seção Criminal, nos autos do agravo regimental autuado sob número 1602581-24.2014.8.12.0000/5007, que se encontra em apenso, interposto pelo corréu Ronan Edson Feitosa de Lima, decidiu, por unanimidade de votos, que a competência não se modifica quando a instrução criminal encontra-se encerrada, pena de lesão ao princípio da identidade física do juiz, acórdão que recebeu a seguinte ementa:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – EFEITO SUSPENSIVO – IMPOSSIBILIDADE – ART. 574 DO RITJMS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO – MATÉRIA PRECLUSA – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – AFASTAMENTO PROVISÓRIO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO QUE NÃO IMPLICA EM EXCLUSÃO – INSTRUÇÃO ENCERRADA – PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - DESPROVIMENTO.*
>
> *I – Por força do artigo 574, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o agravo regimental é desprovido do efeito suspensivo.*
>
> *II - Mantém-se a decisão que indeferiu pedido de encaminhamento dos autos à primeira instância por supostamente ter cessada a prerrogativa de função de um dos denunciados se, além de o afastamento do cargo ser provisório, tal matéria já foi objeto de decisão nos autos, sendo preclusa, e a instrução encontra-se encerrada, cabendo ao magistrado que instruiu o feito prolatar a sentença, pena de lesão ao princípio da identidade física do juiz (§ 2º do artigo 399 do CPP).*
>
> *III - Recurso conhecido e desprovido".*

E como o feito aguarda apenas a apresentação das alegações finais de dois dos acusados, a instrução está encerrada, pois as alegações finais não são peças instrutórias, e sim as derradeiras falas das partes, apresentáveis depois da prática do último ato instrutório previsto pela Lei, que é o interrogatório do acusado, conforme estipula o artigo 400, do CPP.

O único fato novo desde o encerramento da instrução é a renúncia ao cargo de prefeito, que determinou o declínio da competência em relação a dois dos três processos que contra o apelante tramitavam por esta Corte, cuja instrução encontra-se no início, permanecendo aqui apenas este.

A competência originária desta Corte fundamenta-se no art. 29, X, da Constituição Federal, diante do fato de o apelante ter exercido o cargo de prefeito desta capital até a data da renúncia.

Ocorre que quando tal renúncia se materializou, a instrução deste processo estava encerrada há muito tempo, circunstância que cristaliza a competência da Seção Criminal desta Corte para o julgamento, nos termos do § 2º do artigo 399 do CPP, que consagra expressamente, em matéria processual penal, o princípio da identidade física do juiz ao estabelecer que *"o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."*

Foi nesse sentido a decisão acima referida, cujos fundamentos não se alteram pelo simples fato de o agravante ter renunciado, pois a renúncia não tem o condão de revogar aquele princípio, intimamente ligado aos do contraditório e da ampla defesa, previstos pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, acerca do qual Guilherme de Souza Nucci, em "Código de Processo Penal Comentado", 15ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 907, assevera:

> *"Identidade física do juiz: o magistrado que presidir a instrução (colheita de provas, em especial, em audiência) torna-se vinculado ao feito, devendo proferir a decisão. Há muito se reclamava que, justamente no processo penal, onde mais importante se dava a vinculação entre julgador e prova, houvesse a consagração legal da identidade física do juiz. (...)".*

Também assim Damásio de Jesus, "Código de Processo Penal Anotado", 24ª ed. Saraiva, 2010, p. 365, de onde se extrai:

> *"Princípio da identidade física do juiz. De acordo com o § 2º da disposição, o juiz que presidir a audiência deverá proferir sentença. Com tal previsão, o CPP se coaduna com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o magistrado que presenciou a colheita da prova seja o responsável pela prolação do julgamento."*

A jurisprudência disso não destoa, como se vê:

> *"PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06). COMPETÊNCIA ALTERADA PELA RESOLUÇÃO Nº 70/2012, DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO. COMPETÊNCIA QUE DEVE SER ANALISADA À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 399, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESO PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COMPETÊNCIA DO JUIZ QUE PRESIDIU TODA A INSTRUÇÃO DO FEITO, OU SEJA, DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FOZ DO IGUAÇU (...). PRECEDENTES. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. Conflito de competência nº 1.171.960-9--2 presidida e encerrada a instrução probatória perante o douto juízo suscitante, a ele compete o julgamento do feito, em respeito aos princípios da celeridade processual e identidade física do juiz, sendo irrelevante a superveniente criação de vara especializada* (TJPR. Conflito de competência nº 1.069.507-9, 3ª ccriminal, Rel. Des. Sônia Regina de castro, DJ: 27.6.2013)". (TJPR; ConCompCr 1171960-9; Foz do Iguaçu; Terceira Câmara Criminal em Composição Integral; Rel. Des. Rogério Kanayama; DJPR 07/03/2014; Pág. 321).

Portanto, com ou sem a renúncia, sem nenhuma dúvida que, quando a mesma ocorreu, a instrução já se havia complementado, sendo absolutamente impossível, sob pena de nulidade, que qualquer outro Juízo venha a proferir a sentença.

O agravante traz neste recurso, como fundamento de sua tese, um julgado do STF, realizado em 27.03.2014, publicado no DJe 154, divulgado em 08.08.2014, alegando que no mesmo foram propostos alguns marcos definidores do momento em que os efeitos da renúncia passariam a ser considerados para fins do declínio da competência. Naquele julgamento, entretanto, tais marcos não foram definidos por falta de maioria absoluta, ficando a matéria para ser discutida em outra ocasião.

Depois daquele julgamento, no dia 12.08.2014, entretanto, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, definiu a questão na AP 606 QO/MG, relatada pelo Min. Luís Roberto Barroso, publicada no DJe 181, divulgado em 17.09.2014, como se vê:

> *"EMENTA: AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO.*
>
> *1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior.*
>
> *2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau.*
>
> *ACÓRDÃO*
>
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em declinar da competência para apreciar o processo crime, nos termos do voto do relator.*
>
> *Brasília, 12 de agosto de 2014".*

E dos termos da discussão travada na ocasião, por pertinente, extrai-se o seguinte:

> *"O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso: (...) Reitero o meu ponto de vista de que considero que o momento ideal para se fixar a competência do Supremo deveria ser o recebimento da denúncia, porque este é o momento no qual o processo se instaura, e esta é a analogia com o dispositivo constitucional que, no Congresso, diz que, se o parlamentar renunciar depois de instaurado o processo, isso já não mais o imunizará das sanções de eventual decisão desfavorável. Sendo assim, aqui reitero que este é o melhor critério.*
>
> *De qualquer forma, embora este critério se aplicasse, em tese, ao réu Clésio Andrade, eu não proporia a sua aplicação a este caso porque é um critério novo e, sobretudo, em matéria penal, uma mudança de jurisprudência que inove no ordenamento processual penal, a meu ver, não deveria retroagir. Mas eu gostaria de aproveitar este processo para, uma vez mais, procurar instituir esse critério geral, já agora no âmbito da nossa Primeira Turma.*
>
> *E aqui, visando instituir esse critério geral, eu estaria abrindo mão da minha posição pessoal em favor de ser o momento da denúncia, para tentar produzir a posição que me parece ser a posição média, que é a posição da Ministra Rosa Weber, a qual é muito próxima da do Ministro Toffoli, porque a Ministra Rosa Weber propõe o final da instrução, que é o momento da apresentação das alegações finais pela defesa.*
>
> *A Senhora Ministra Rosa Weber - É o momento imediatamente anterior à intimação para as alegações finais.*

> *O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator) - Imediatamente. Logo, em vez de alegações finais, o réu teria que apresentar a sua renúncia, o que é muito próximo da posição do Ministro Toffoli, que seria o momento imediatamente posterior às alegações finais, quando o Ministro já estudou e vai pedir a pauta.*
>
> *(...)*
>
> *Portanto, Presidente, este é o encaminhamento que estou propondo: como tese jurídica, proponho a adoção do final da instrução como o momento a partir do qual a competência do Supremo não mais deixaria de existir, e, para este caso concreto, estou declinando da competência para o juízo competente de primeiro grau de jurisdição. É como voto".* (Destaques meus).

Como se vê, diferentemente do que pretende o recorrente, a Corte Suprema também entende que, em caso de renúncia, no instante imediatamente anterior à intimação para as partes apresentarem as alegações finais, está encerrada a instrução processual e, por conseguinte, sedimentada a competência do Juízo da instrução para prolatar a decisão, não mais podendo ocorrer o declínio da competência.

Ou seja, confirmou que, findo o interrogatório, encerrou-se a instrução. Nada mais é que a confirmação do dito pelo artigo 400, do CPP.

E neste caso não resta dúvida de que a instrução probatória foi encerrada há muito tempo, sendo que o próprio agravante só veio a apresentar suas alegações finais depois de muito tentar e conseguir procrastinar o andamento do feito.

No que toca aos corréus, ambos foram igualmente interrogados e intimados para a apresentação das alegações finais após esgotada a fase de diligências, e também lançaram mão de expedientes exclusivamente procrastinatórios, apresentando pedidos inconsistentes e reiterando questões de ordem absolutamente impertinentes, bem como recursos contra a rejeição das mesmas, todos improvidos pela Corte.

Para confirmar tal propósito, deixaram de apresentar os memoriais no prazo fixado, obrigando o Juízo a adotar as demais providências que a lei autoriza para recolocar o feito no trâmite normal. Bem depois de ter esgotado o prazo para apresentação da peça, o defensor de Ronan renunciou ao mandato, e como esse acusado encontrava-se em local incerto e não sabido, para a substituição teve que ser intimado por edital. Como não atendeu, designou-se a Defensoria Pública para prosseguir na defesa.

Desde que assumi a relatoria, realizei pessoalmente todos os atos, ouvindo todas as testemunhas arroladas e realizando o interrogatório dos três denunciados, concluindo, portanto, a instrução.

Continuo no exercício das mesmas funções, de forma que a remessa a outro magistrado para o exclusivo fim de proferir a sentença é atitude que vai de encontro aos princípios da plenitude de defesa, do contraditório, da celeridade e da identidade física do juiz em matéria criminal (§ 2º do artigo 399 do CPP).

Com estes fundamentos encaminho voto no sentido de ser negado provimento ao presente recurso.

O Sr. Des Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º Vogal)

Declaro o meu impedimento.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (6º Vogal)

Declaro o meu impedimento.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Romero Osme Dias Lopes), após o relator, o Des. Carlos Eduardo Contar e o Des. Dorival Moreira Dos Santos negarem provimento ao regimental. o Des. Manoel Mendes Carli aguarda. Declararam-se impedidos o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e o Des. Francisco Gerardo de Sousa. Ausentes, por férias, a Desª Maria Isabel De Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

VOTO (EM 26/10/2016)

O Sr Des. Romero Osme Dias Lopes. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para analisar melhor a matéria colocada em análise nos presentes autos.

Cinge-se a discussão acerca da fixação da competência (ou incompetência) desta Egrégia Corte para apreciar a ação penal nº 1602581-24.2014.8.12.0000, que tramita em segundo grau em razão da prerrogativa de função (Prefeito) de um dos denunciados, mesmo após o oferecimento da sua renuncia ao cargo.

O relator, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, entende que:

> *"Quando tal renúncia se materializou, a instrução deste processo estava encerrada há muito tempo, circunstância que cristaliza a competência da Seção Criminal desta Corte para o julgamento, nos termos do § 2º do artigo 399 do CPP, que consagra expressamente, em matéria processual penal, o princípio da identidade física do juiz ao estabelecer que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."."*

Entende ainda que:

> *"A Corte Suprema também entende que, em caso de renúncia, no instante imediatamente anterior à intimação para as partes apresentarem as alegações finais, está encerrada a instrução processual e, por conseguinte, sedimentada a competência do Juízo da instrução para prolatar a decisão, não mais podendo ocorrer o declínio da competência".*

Sustenta o relator que:

> *"O agravante traz neste recurso, como fundamento de sua tese, um julgado do STF, realizado em 27.03.2014, publicado no DJe 154, divulgado em 08.08.2014, alegando que no mesmo foram propostos alguns marcos definidores do momento em que os efeitos da renúncia passariam a ser considerados para fins do declínio da competência. Naquele julgamento, entretanto, tais marcos não foram definidos por falta de maioria absoluta, ficando a matéria para ser discutida em outra ocasião.*
>
> *Depois daquele julgamento, no dia 12.08.2014, entretanto, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, definiu a questão na AP 606 QO/MG, relatada pelo Min. Luís Roberto Barroso, publicada no DJe 181, divulgado em 17.09.2014, como se vê:*

> *"EMENTA: AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO.*
>
> *1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior.*
>
> *2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau."*

Pois bem.

Quanto ao princípio da identidade física do juiz em matéria processual penal (juiz que presidiu a instrução é competente para prolatar a sentença), cumpre destacar que como é cediço este princípio comporta exceções, e, via de regra, não tem o condão de prorrogar a competência (principalmente a incompetência absoluta ocasionada pela renúncia do Prefeito, diferente da prorrogação da competência em razão do abuso ou fraude processual quando ocorrida após o término da instrução processual como decidido pelo STF). Aliás, quanto a possibilidade de exceção quanto à aplicação de tal princípio esta Corte já decidiu:

> *"(...)*
>
> *I - O princípio da identidade física do Juiz comporta exceções, sendo de entendimento doutrinário, que o art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, deve ser aplicado com analogia ao art. 132 do Código de Processo Civil.*
>
> *II - "A adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei."(CC 99023/PR, 3.ª Seção , Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 28/08/2009).*
>
> *(...)*
>
> *IV - A designação de outro Magistrado para coadjuvar a 2.ª Vara Criminal de Três Lagoas/MS está embasada no princípio da celeridade processual, previsto no inciso LXXVIII do art. 5.º da Constituição Federal de 1988.*
>
> *(...)"* (*Habeas Corpus* n. 1411228-89.2014.8.12.0000; Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques Comarca: Três Lagoas Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal Data do julgamento: 16/10/2014 Data de registro: 23/10/2014)

Logo, por este fundamento não acompanho o relator.

No tocante à prorrogação da competência em razão da instrução já estar concluída acompanho o relator. Todavia entendo por bem fazer alguns destaques.

Por primeiro, destaco que o *decisum* do Supremo Tribunal Federal, que dá sustentáculo ao entendimento do relator, foi proferido na sua 1ª Turma, ou seja, não é uma decisão do plenário.

Segundo, a discussão na questão de ordem na Ação Penal 606 Minas Gerais foi unânime para determinar a baixa dos autos no caso em tela. Porém, apesar da ementa supra transcrita, não foi unânime em relação à fixação do marco de extensão da competência do Supremo nas ações penais originárias contra detentores de foro privilegiado que renunciam durante o tramite do feito.

Ad argumentadum, o Ministro Marco Aurélio ao concluir o seu voto afirmou:

> *"Acompanho Vossa Excelência quanto à declinação pura Simples de competência, mesmo porque não atuo na cedeira do Supremo como consultor e não tenho que me pronunciar foras das balizas do processo, das balizas dos próprios autos, fazendo-o para casos futuros."*

Dito isto, forçoso concluir que apesar das tentativas o STF, diga-se o seu plenário, ainda não conseguiu fixar regras gerais para os casos como o em tela.

Aliás, foi exatamente isso que o plenário STF em 27/03/2014, na Questão de Ordem na Ação Penal 536 Minas Gerais, de relatoria do Min. Roberto Barroso, ementou. Confira-se:

> *"3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade."*

Logo, como visto, apesar do exaustivo esforço do Ministro Barroso em tentar definir um marco para a prorrogação da competência do Supremo nas ações penais originárias, o fato é que ainda não se delimitou o tal marco de prorrogação. Pelo menos, não o plenário da Corte.

Todavia, entendo que um critério para o momento da devolução dos autos ou prorrogação da competência quando o réu deixa de ter foro privilegiado, é salutar e evita atos abusivos, ou como nominou o Supremo, fraude processual.

Quanto a prorrogação da competência o Supremo, na Ação Penal 396/RO, considerou ter havido abuso de direito e fraude processual quando o parlamentar Natan Donadon que renunciou ao mandato após a inclusão do processo em pauta e na véspera do Julgamento. Confira-se:

> *"EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR. SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS.*
>
> *1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos.*
>
> *2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento."* (STF; AP 396 QO/RO - Rondônia; Relatora: Min. Cármen Lúcia; Julgamento: 26/06/2013; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-196 Divulg 03-10-2013 Public 04-10-2013)

Assim, repito, apesar do Supremo ainda não ter firmado um critério geral para prorrogação da competência dos detentores do foro privilegiado o fato é que a possibilidade da prorrogação de competência já foi definida pela Corte Suprema.

Posto isto, partido do entendimento de que competência pode ser prorrogada, entendo que de fato um critério para o momento dessa prorrogação torna-se indispensável.

Esta Corte, nos termos do voto do relator, está decidindo como marco para a não devolução dos autos, o fato da instrução processual já estar concluída.

Acredito que esta regra de fixação para a prorrogação da competência, conclusão da instrução, é a mais viável para evitar abuso de direito ou fraude processual.

Logo, vou partilhar do entendimento do relator para prorrogar a competência quando a instrução processual já tiver sido concluída.

Vale dizer que no caso em análise, no momento da renúncia do mandado de Gilmar Antunes Olarte, f. 2126/2131, a instrução processual já havia sido concluída, inclusive com as alegações finais por parte do acusado detentor do foro privilegiado, f. 2019/2104, já havia sido apresentada – faltando apenas a apresentação das alegações finais dos outros dois denunciados.

Nesse ponto vale destacar que, como afirma a relatoria, a instrução já havia sido concluída, e o então Prefeito afastado (detentor do foro privilegiado), já havia apresentado as suas alegações finais. As alegações terminativas faltantes dos outros dois corréus, que só estão sendo processados perante esta Corte em razão do foro do agravante, em nada modificam o fato de que o feito já está com o instrução terminada.

Ademais, ainda que se fosse aventar que a instrução não se encerrou em razão da falta da apresentação das alegações finais dos corréus, como sustenta a defesa, o fato é que para o detentor do foro, que fez com que o feito fosse processado em segundo grau, ele já estava apto para ser decidido.

Logo, se para quem detinha o foro já havia encerrado os seus meios de insurgência no feito, não é falta de apresentação de alegações finais dos corréus, que vai modificar tal conclusão.

Assim, tenho por bem que a competência para o julgamento da ação penal originária deve ser prorrogada.

Quanto a questão de eventual conexão entre os processos, diga-se, não aventada pelo agravante, vale destacar que, nos termos do artigo 80, do Código de Processo Penal *"será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não Ihes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação"*.

In casu, a eventual separação dos processos, prática facultada ao magistrado, não encontra irregularidade alguma haja vista o excessivo número de acusados (em todos os processos). Logo, por questão de conexão, *prima facie*, não vejo qualquer ilegalidade na baixa dos autos que estavam em fase de instrução e manutenção, em segundo grau, em relação ao que estava com a instrução terminada.

Desta feita, acompanho o relator para negar provimento ao presente agravo, pois a renúncia ao cargo de prefeito, operado após o encerramento da instrução, não altera a competência originária da Seção Criminal deste Areópago para julgar a ação penal.

A Sra. Desª. Maria isabel de Matos Rocha. (5ª Vogal)

Declaro o meu impedimento.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, improveram o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1409619-03.2016.8.12.0000 - Iguatemi
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO INTERESTADUAL DE GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA EM ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – LIBERDADE PROVISÓRIA – PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – AGENTE QUE ATUAVA COMO "BATEDOR DE ESTRADA" – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA.

Presentes os motivos autorizadores (*fumus comissi delicti* – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o *periculum libertatis* - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de *habeas corpus* que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática do tráfico e associação para o tráfico (art. 33 e 35 todos da Lei 11.343/06), envolvendo mais de uma tonelada - 1069 Kg (mil e sessenta e nove quilos) - de "maconha" , com o paciente agindo como "batedor de estrada", mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Ordem denegada.

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 29 de setembro de 2016.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

O advogado Fernando Bonfim Duque Estrada impetra a presente ordem de habeas corpus com pleito liminar em favor de Gilberto da Silva Freitas, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Iguatemi/MS.

Acerca dos fatos, relata que o paciente foi preso em flagrante no dia 26/08/2016 pela suposta prática do delito capitulado nos artigos 33 e 35 todos da Lei 11.343/06.

Alega ainda que a prisão preventiva é medida desproporcional e, além disso a substituição por medidas cautelares diversas da prisão preventiva seriam suficientes para assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Com arrimo em tais colocações, requer a concessão do *writ* em caráter liminar, com o fito de que seja concedido alvará de soltura em favor do paciente, ou a substituição por medidas cautelares diversas da prisão.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 92/94 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 97/98.

A f. 106/112 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado por Fernando Bonfim Duque Estrada em favor de Gilberto da Silva Feitas, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Iguatemi/MS.

Consta da inicial que o paciente está preso desde o dia 27 de agosto de 2016, em razão da prisão em flagrante convertida em preventiva, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei de 11.343/2006, e que estaria sofrendo constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos para a prisão, pugnando pela concessão da liberdade provisória.

Em que pesem as assertivas defensivas, não assiste razão ao paciente, primeiro porque presentes os requisitos da prisão cautelar previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, quais sejam *fumus comissi delicti* (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria), e *periculum in libertatis,* (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), bem como respeitadas as hipóteses do art. 313, do Código de Processo Penal.

Responde pela prática criminosa tipificada nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06 por ter sido preso agindo como "batedor" no transporte de 1069 Kg (mil e sessenta e nove quilogramas) de "maconha", divididos em 39 (trinta e nove) sacos escondidos sob uma carga de milho.

Em uma análise perfunctória, sem adentrar ao mérito da questão, pelos interrogatórios na fase extrajudicial (fl.10/23) e pela materialidade (laudo de f. 34/27), vislumbra-se o provável envolvimento do paciente na prática dos crimes.

Eis os fundamentos que a autoridade apontada como coatora pontuou para a manutenção da segregação cautelar (f. 36/38 autos nº 0004984-86.2016.8.12.0800):

> *"(...) Consta no já referido auto de flagrante que os autuados Gilberto e Leonardo dos Santos Teixeira, no veiculo Hyundai, faziam as vezes de "batedores" para a carreta dirigida pelo autuado Leonardo Borges, que estava carregada com mais de uma tonelada de maconha escondida embaixo de uma carga de milho. Presos em flagrante, foi lavrado o presente auto que homologo por estar regularmente em ordem. Consta no caderno flagrancial a materialidade do delito, comprovada através do laudo preliminar de exame em substância entorpecente realizado no Núcleo Regional de criminalística de Dourados (f. 24). Por outro lado, através de uma detida análise dos documentos trazidos aos autos, notadamente dos depoimentos prestados pelos policiais que participaram da*

> *prisão, vislumbra-se haver fortes indícios da autoria delitiva. A respeito dos requisitos para a prisão preventiva, entendo que a mesma é necessária para a garantia da ordem pública. Convém assinalar que o delito de tráfico ilícito de entorpecente, por si só, já gera uma enorme insegurança e desperta na população local um sentimento de impunidade, visto que seus efeitos deletérios são experimentados de perto por jovens e até crianças, que são lançadas nesse meio marginalizado, muitas vezes dele não saindo Ressai do caderno investigatório que todos os autuados residem em outra unidade da federação, não possuem imóvel próprio, não comprovaram emprego fixo e mencionaram em seus interrogatórios estarem necessitando de determinadas somas em dinheiros para pagamento de dívidas. Esse quadro, ao meu sentir, autoriza a prisão preventiva dos autuados para a garantia da ordem pública e também para assegurar a aplicação da lei penal, pois como já visto, há provas robustas de que, se soltos, certamente voltarão a delinquir ou mesmo se furtarão à responsabilização penal. Por fim, registro que nenhuma outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP, surtirá efeito no caso telado. Do exposto, homologo a prisão em flagrante dos autuados Gilberto da Silva Freitas, brasileiro, portador do RG 709735956SSP/RS e CPF 016.146.401-73, Leonardo Dos Santos Teixeira, brasileiro, portador do RG3071141448SSP/RS e CPF 811.116.220-00 e Leonardo Borges, brasileiro, portador do RG 3085857062SSP/RS/PR e CPF nº 007.415.980-19 e Converto-a em prisão preventiva, servindo a presente decisão como mandado. (...)"*

Com relação ao pressuposto do *fumus comissi delicti* nota-se que, de fato, estão presentes prova da materialidade delitiva em vista do resultado obtido do laudo preliminar de constatação toxicológica, que apontou positivamente para "*Cannabis Sativa Linneu*", popularmente conhecida como "maconha", bem como indícios suficientes de autoria, vez que há congruência entre as declarações dos participantes da prisão no sentido de que o paciente supostamente atuava em conluio com o ocupante da carreta da marca Randon placa MBO 6247, onde foi encontrada a droga, na função de "batedor".

Quanto ao *periculum libertatis*, há que se valer da quantidade de droga - 1069 Kg (mil e sessenta e nove quilogramas de "maconha") -, da qual é possível extrair a gravidade concreta do delito e aferir que tal conduta ilícita ofende à tranquilidade no meio social, sua principal vítima. Nesse sentido, segue o entendimento deste Sodalício:

> *"HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - ATUAÇÃO COMO "BATEDOR" - IMENSA QUANTIDADE - FALTA DE VÍNCULO COM DISTRITO DE CULPA - ALEGADO MEIO COATOR PARA FINS DE SE OBTER A CONFISSÃO - IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO - NÃO CONCESSÃO. Não há de se falar em liberdade provisória em favor daquele que é preso exercendo a função de "batedor" no tráfico de imensa quantidade de droga para outro Estado da federação, não guardando vínculo com o distrito de culpa. A simples alegação do uso de meio coator no tocante à confissão não é aferível em sede do writ, necessitando de provas outras impossíveis de serem buscadas através do remédio constitucional. Habeas Corpus a que se nega concessão face a legalidade da segregação."* (TJ/MS, 2ª Câmara Criminal. HC nº 4000524-65.2013, de relatoria do Des. Carlos Eduardo Contar. DJe. de 08/02/2013).

Além disso, necessário resguardar a ordem pública em vista da gravidade concreta do delito, posto que o paciente auxiliava na condução da droga, funcionando como "batedor de estrada", circunstância que, por si só, indica a participação de organização criminosa destinada ao tráfico de grande quantidade de entorpecente.

Dessa forma, estando presentes os pressupostos e requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), impõe-se manter a segregação cautelar do paciente, por se tratar da mais adequada medida a ser aplicada no caso em apreço.

Quanto às alegadas condições pessoais favoráveis, por si só, não possuem o condão de garantir a concessão do benefício da liberdade provisória, quando presentes demais elementos que autorizam a segregação cautelar, como é o caso dos autos. Por oportuno:

> *"EMENTA HABEAS CORPUS TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA IMPOSSIBILIDADE PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA ART. 312 E ART. 313, I, DO CPP GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE ORDEM DENEGADA. Ficando evidenciada a materialidade delitiva e havendo fortes indícios de autoria, justifica-se a segregação provisória do paciente sob o fundamento da garantia da ordem pública, também evidenciada pela apreensão de 12 quilos de cocaína."* (Segunda Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 2011.029132-0/0000-00 Miranda - Relator - Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes - Julgamento: 20/10/2011).

Por fim, inviável a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão descritas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois as circunstâncias do caso concreto demonstram que não seriam suficientes para acautelar a ordem pública. Nessa senda:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 313 E PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REITERAÇÃO CRIMINOSA – CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO COMPROVADAS A CONTENTO – MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA. Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade, reveste-se de legalidade a medida constritiva quando justificada na garantia da ordem pública, mais precisamente a fim de evitar a reiteração criminosa, visto que o paciente não é neófito no mundo do crime, sobretudo quando as condições pessoais não foram demonstradas a contento. Fazendo-se necessária a segregação provisória do paciente, mostra-se inviável a sua conversão para uma das medidas cautelares dispostas no art. 319, do Código de Processo Penal."* (TJ/MS, Primeira Câmara Criminal. HC nº 1400198-23.2015. Relatoria: Des. Romero Osme Dias Lopes. Publicação: 26/01/2015).

Assim, ausente o alegado constrangimento ilegal, com o parecer, denego 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 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, 29 de setembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0023701-89.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – DESACATO A SUPERIOR – ABSOLVIÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA PRESENTES – CRIME CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A Polícia Militar tem missão de suma importância na preservação das liberdades públicas, porquanto a ela cabe a defesa da pátria, a garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades da defesa civil.

Por isso, é inadmissível que o responsável pela preservação da ordem pública – de cujos elementos sobressai a segurança pública, por exemplo, seja o elemento desarmonizador dessa tranquilidade pela perpetração de um crime, ainda mais quando o faz no exercício de seu nobre mister.

Nesse contexto, o suporte fático e probatório no caso em exame, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, inclusive na palavra da vítima, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar uma condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Uilson da Silva contra a sentença de fls.138-151 proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Justiça Militar Estadual da Comarca de Campo Grande/MS que o condenou à pena 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, com a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, mediante condições, por infração ao art. 298 do Código Penal Militar.

O apelante pelo recurso interposto às fls. 163-170, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 439, do Código de Processo Penal Militar.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 175-184 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por um dos seus membros, pelo parecer de fls. 192-199, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Uilson da Silva contra a sentença de fls.138-151 proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Justiça Militar Estadual da Comarca de Campo Grande/MS que o condenou à pena 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, com a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, mediante condições, por infração ao art. 298 do Código Penal Militar.

> *Narrou a denúncia que, "(...) no dia 31 de dezembro de 2013, por volta das 23h00min, o denunciado SD PM José Uilson da Silva, ciente da reprovabilidade de sua conduta, desacatou o 3º Sgt PM Cícero Pereira, seu superior hierárquico, ofendendo-lhe a dignidade.*
>
> *Infere-se dos autos que, no dia anterior dos fatos, o militar denunciado se utilizou de uma viatura moto para deslocamento desacompanhado de outro militar, sem a permissão do Graduado do dia, 3º Sgt PM Cícero Pereira, e, em desacordo com a determinação do ST PM João Carlos Tribess Patrício, que havia determinado que os militares somente poderiam sair nas viaturas motocicletas em dupla, a fim de assegurar a segurança dos mesmos e também para que houvesse um controle mais rigoroso dos deslocamentos.*
>
> *Diante de tal fato, o 3º Sgt PM Cícero comunicou o ocorrido ao ST PM Tribess, sendo que este militar, no dia 31.12.2013, durante o policiamento de um evento de virada de ano, que ocorria em uma praça pública, situada na cidade de Iguatemi/MS, cientificou o denunciado de que havia lhe participado em virtude de ter utilizado uma viatura moto sem autorização do Graduado do dia, ocasião em que o denunciado SD PM Uilson abordou o 3º Sgt Cícero Pereira de maneira desrespeitosa, eis que, com o dedo em riste, passou a desacata-lo, aduzindo que «ele pagaria na mesma moeda» e que aquela atitude era coisa de «graduado covarde», referindo-se ao fato do militar ofendido ter informado ao ST PM Tribess acerca da ocorrência do dia 30.12.2013, sendo a atitude do denunciado presenciada pelo ST PM João Carlos Tribess Patrício."*

O apelante pelo recurso interposto requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 439, do Código de Processo Penal Militar.

O tipo penal do art. 298 do Código Penal Militar referente a desacato a superior, prevê expressamente que:

> *"Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade. Pena – Reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave."*

O desacato a superior é delito contra a administração e a disciplina militar.

Como bem se sabe, desacatar é faltar com o devido respeito ou com o acatamento, ofender a dignidade, o decoro, atacar a força inerente ao cargo, desdenhar o seu poder de mando, de questões atinentes ao serviço.

Dos elementos coligidos ao processo, pelas circunstâncias fático-probatórias, a conduta do apelante foi no exercício da função e em razão dela.

Vislumbra-se presente ainda a vontade livre e consciente de ofender o superior hierárquico.

O ato injurioso de abordar o superior hierárquico com o dedo apontado é manifesta atitude desrespeitosa. Tal ato importa em falta de respeito, somado ainda às palavras utilizadas pelo apelante de que o superior "pagaria na mesma moeda" e que a atitude era coisa de "graduado covarde".

Nesse sentido as declarações do 3º Sgt Cícero Pereira e do policial João Carlos Tribess Patrício, relatando a falta de respeito do apelante, sobretudo o ato de apontar o dedo para o superior. (fl. 85)

Da mesma forma o depoimento do Cb PM Elias Cervantes Siligardi que afirma não ter ouvido o teor da conversa em razão do som alto do evento, mas relata que notou que o apelante estava nervoso e gesticulando, "que apontava os dedos".

Colhe-se dos autos que a conduta do apelante foi realizada na frente de outros policiais e perante populares, na ocasião de policiamento de virada de ano em praça pública.

A par disso, não se pode deixar de considerar como bem ponderou o Magistrado da origem:

> *"Aliás, prudente enfatizar que ainda que os fatos tenham se dado devido ao seu desconhecimento em relação a ordem proferida anteriormente pelo comandante da unidade ST PM Tribess e, por isso, o réu teria saído sozinho com a viatura moto pertencente à PMMS, tal fato não justifica a atitude desrespeitosa que teve com o seu superior hierárquico e, por isso não descaracteriza o delito que lhe é imputado."*

A palavra da vítima corrobora os fatos narrados na denúncia, com riqueza de detalhes e a coerência no depoimento.

Dessa forma, não prospera as razões recursais apresentada pelo apelante.

Por fim, interessante é demonstrar as ponderações da Doutrina, representada por Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, ao trata do crime militar " é preciso também ter em vista que as instituições militares, as Forças Armadas, as Polícia Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, têm missões de suma importância na preservação das liberdades públicas, porquanto a ela cabem a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades da defesa civil.

É inadmissível que o responsável pela preservação da ordem pública – de cujos elementos sobressai a segurança pública - , por exemplo, seja o elemento desarmonizador dessa tranquilidade pela perpetração de um crime, ainda mais quando o faz no exercício de seu nobre mister."[1] (grifo meu).

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias pretendidas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, 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 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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

***

1–COIMBRA NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcelo, Saraiva, 2ª ed., 2012, p.58.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000773-78.2015.8.12.0044 - Sete Quedas
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SEGUIDO DE LESÃO GRAVE – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA – DESACOLHIDO – CRIME CONSUMADO COM A MERA INVERSÃO DA POSSE DO OBJETO SUBTRAÍDO – REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – CONSERVAÇÃO DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME COMO MODULADORAS DESFAVORÁVEIS – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA PRATICADA – QUANTIDADE DA REPRIMENDA APLICADA – RECURSO DESPROVIDO.

A consumação do delito de roubo exige, tão somente, a inversão da posse, bastando que a coisa subtraída passe à esfera possessória do agente, pouco importando se a posse tenha sido mansa ou por período prolongado, conforme recente entendimento sumulado pelo STJ (Súmula nº 582).

No âmbito da etapa inicial da dosimetria, o magistrado procederá à fixação da pena-base, mediante a avaliação das circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal, com base em elementos concretos e intimamente relacionados com a conduta criminosa praticada. Nesse aspecto, se a avaliação desfavorável das moduladoras referentes à culpabilidade e circunstâncias do crime foi pautada em perfeita conformidade com os aspectos que devem ser analisadas nesses tópicos, deve ser mantida a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

A soma da gravidade das circunstâncias fáticas do presente caso, existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e quantidade de pena aplicada (superior a oito anos) ensejam um desvalor acentuado à conduta típica, servindo como indicativo da necessidade do cumprimento da pena em regimento mais gravoso, de forma que a presente hipótese reclama a imposição de regime prisional fechado, a fim de ser alcançada a finalidade prevenção e repressão ao cometimento de ilícitos.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SEGUIDO DE LESÃO GRAVE – RECURSO MINISTERIAL – AUMENTO DA PENA-BASE – PARCIAL ACOLHIMENTO – VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE – PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Quanto à conduta social, motivos e consequências do crime, se os argumentos apresentados para a avaliação desfavorável foram pautados na análise de elementos que não se coadunam com os critérios pertencentes ao conceito das referidas circunstâncias judiciais, tem-se que merece ser mantida a neutralidade atribuída a tais circunstâncias. Em relação à culpabilidade e circunstâncias do crime, tem-se que já foram valoradas de maneira negativa pelo sentenciante, sendo que a fundamentação ministerial apresentada não é apta para exacerbar o aumento da pena-base pela incidência de tais

moduladoras. Por outro lado, a personalidade merece ser analisada de forma prejudicial, em razão dos inúmeros atos infracionais, com aplicação inclusive de medidas socioeducativas de internação, praticados pelo réu quando ainda era menor de 18 (dezoito) anos.

Recurso parcialmente 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, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso da defesa e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Vogal.

Campo Grande, 24 de outubro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Wellington Ertes Augusto e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo magistrado da Vara Única da Comarca de Sete Quedas/MS, que condenou o réu à pena definitiva de 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa por infração ao disposto no art.157, § 3º, primeira parte (resulta lesão grave), do Código Penal (fls. 238-246).

Irresignado com a conclusão do decreto condenatório, Wellington Ertes Augusto interpôs recurso de apelação criminal (fls. 283-296), postulando a desclassificação do delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do CP para a modalidade tentada, o afastamento das moduladoras desfavoráveis da culpabilidade e circunstâncias do crime, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e, por último, a readequação do regime prisional. Prequestiona violação aos arts. 59, do CP e 5º, XLVI, da CF/88.

Também inconformado, o Ministério Público Estadual de 1º grau interpôs apelação criminal (fls. 258-272), requerendo a elevação da pena-base fixada ao réu, mediante valoração negativa da culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. A título de prequestionamento, suscita violação aos arts. 59, *caput*; 68 e 157, § 3º, todos do Código Penal.

As contrarrazões recursais foram apresentadas às fls. 298-314 (Ministério Público) e 333-339 (Defesa), pugnando pelo desprovimento dos respectivos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 344-354, opinou pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento parcial da apelação criminal interposta pelo Ministério Público, apenas para considerar como desfavoráveis as consequências do crime.

VOTO (EM 24/10/2016)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Wellington Ertes Augusto e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo magistrado da Vara Única da Comarca de Sete Quedas/MS, que condenou o réu à pena definitiva de 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa por infração ao disposto no art.157, § 3º, primeira parte (resulta lesão grave), do Código Penal.

Narra a denúncia de fls. 01/05 que:

> *"(...) no dia 19 de maio de 2015, por volta das 13h30min, na Aldeia Pirajuí, em Paranhos/MS (nas proximidades do Assentamento São José do Jatobá), Wellington Ertes Augusto, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mediante violência exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em 01 (uma) motocicleta marca/modelo Taiga/200cc, chassi nº 9PFENBCR9D2T00339, de cor preta, procedência paraguaia e sem placa de identificação, pertencente a Rinaldo Jimenes Morales, resultando, da violência empregada, lesão grave na vítima (...)"*

Irresignado com a conclusão do decreto condenatório, Wellington Ertes Augusto interpôs recurso de apelação criminal (fls. 283-296), postulando a desclassificação do delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do CP para a modalidade tentada, o afastamento das moduladoras desfavoráveis da culpabilidade e circunstâncias do crime, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e, por último, a readequação do regime prisional. Prequestiona violação aos arts. 59, do CP e 5º, XLVI, da CF/88.

Também inconformado, o Ministério Público Estadual de 1º grau interpôs apelação criminal (fls. 258-272), requerendo a elevação da pena-base fixada ao réu, mediante valoração negativa da culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. A título de prequestionamento, suscita violação aos arts. 59, caput; 68 e 157, § 3º, todos do Código Penal.

Feitas as considerações iniciais, passo à análise pormenorizada do presente recurso.

Do recurso interposto por Wellington Ertes Augusto:

Quanto ao pedido de desclassificação do roubo consumado para a modalidade tentada.

No tocante a tal requerimento, o apelante sustenta que, logo após após a subtração da motocicleta, poucos minutos após a prática delituosa, a *res furtiva* foi abandonada pelo apelante, o qual empreendeu fuga em razão de ter sido reconhecido pelos populares da região, o que, no seu entender, não configura posse mansa e pacífica do objeto roubado, tratando-se, assim, de delito tentado.

Nenhuma razão assiste ao apelante, pois o crime de roubo restou devidamente consumado, sendo incabível o reconhecimento da tentativa.

Como bem se sabe, a forma tentada é configurada quando a infração penal deixa de atingir a sua fase consumativa exclusivamente em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse caso, a conduta delituosa deve ser punida mediante aplicação da pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um terço a dois terços (art. 14, II, do Código Penal).

Sobre o momento consumativo da espécie criminosa em enfoque, a doutrina majoritária consagrou entendimento que prevalece a incidência da teoria da inversão da posse. Nessa senda, Guilherme de Souza Nucci[1] nos ensina:

> *"O roubo está consumado quando o agente retira o bem da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima. Não há necessidade de manter a posse mansa e pacífica, que seria*

1 NUCCI, Guilherme de Souza**. Código penal comentado.** 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 808.

o equivalente a desfrutar da coisa como se sua fosse. (...). Em nossa visão, torna-se indispensável a inversão da posse, retirando a coisa da esfera de vigilância da vítima. (...)".

Percebe-se, portanto, que a consumação do delito de roubo exige, tão somente, a inversão da posse, bastando que a coisa subtraída passe à esfera possessória do agente, pouco importando se o exercício da posse tenha sido manso e tranquilo ou por período prolongado.

No presente caso, ficou demonstrado que o apelante, após ameaçar a vítima, bem como utilizar-se de violência física, subtraiu sua motocicleta, sendo reconhecido pouco tempo depois por populares da região, motivo pelo qual empreendeu fuga e resolveu abandonar a *res furtiva* no local.

Diante da teoria da inversão da posse, é evidente que o crime perpetrado pelo apelante foi consumado, haja vista a obtenção da posse do bem subtraído da vítima (o apelante manteve a posse da *res furtiva* desde a fuga do local do crime até o momento em que foi encontrado e reconhecido pelos moradores da região da aldeia), situação que, portanto, configurou a mudança da esfera possessória do bem em favor do apelante.

Nesse ínterim, é importante ponderar que embora o apelante tenha sido reconhecido pelos populares e abandonado a motocicleta bem próximo ao local dos fatos, tal circunstância não é suficiente para elidir a consumação do delito penal, uma vez que houve a inversão da posse, ainda que por breve lapso temporal.

Nesse mesmo sentido, aliás, é o posicionamento da jurisprudência exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 15, 262, 563, 564, III, C, TODOS DO CPP. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO MENOR DE 21 ANOS. DESNECESSIDADE. RÉU MAIOR DE 18 ANOS. NOVO CÓDIGO CIVIL. 2. OFENSA AO ART. 14, II, DO CP. ROUBO. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. INVERSÃO DA POSSE. TEORIA DA AMOTIO. 3. CONTRARIEDADE AO ART. 29, § 1º, E 59, AMBOS DO CP. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. MATÉRIA QUE DEMANDA O REEXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Após a edição do Código Civil de 2002, quando a maioridade foi estabelecida em 18 (dezoito) anos, não é mais necessária a nomeação de curador especial, no processo penal, para os acusados com idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos.

2. ***Os Tribunais Superiores firmaram entendimento no sentido de que, para a consumação do delito de roubo, assim como no de furto, não é necessária a posse mansa e pacífica do bem subtraído, sendo suficiente a inversão da posse, adotando-se, portanto, a teoria da apprehensio ou amotio.***

3. A pretensão de modificar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, com o objetivo de fazer incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, demandaria reexame de provas, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no AREsp 404293 / SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/03/2014, publicado em 07/04/2014) (grifo nosso).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ROUBO. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. ***O Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da apprehensio rei ou amotio, segundo a qual a consumação do crime de roubo dá-se com a simples inversão do título da posse, não sendo necessário que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a consumação do delito ainda que haja a retomada da res furtiva, logo em seguida, pela própria vítima ou por terceiro.***

II. A decisão agravada, ao apreciar a conduta imputada ao réu (roubo), para estabelecer o entendimento de que o delito percorreu todo o iter criminis, consumando-se, limitou-se à análise jurídica dos atos praticados pelo ora recorrente, estes - repita-se -, incontroversos nos autos, na sentença e no acórdão.

III. A decisão impugnada não reexaminou o conjunto fático-probatório - providência vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula 07/STJ -, tendo realizado apenas a revaloração dos critérios jurídicos utilizados na apreciação de fatos incontroversos nos autos.

IV. Agravo Regimental improvido". (AgRg no REsp 1393736 / RS, Rel. Ministro Assusete Magalhães, Sexta Turma, Julgado em 17/10/2013, publicado em 20/11/2013) (grifo nosso).

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO. CONSUMAÇÃO COM A SIMPLES INVERSÃO DA POSSE DO BEM SUBTRAÍDO, AINDA QUE POR BREVE ESPAÇO DE TEMPO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. RECURSO PROVIDO. 1 - ***A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção é no sentido de que se considera consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que esta não tenha sido de forma mansa e pacífica****. 2 - Recurso Especial provido".* (REsp 1356407/RS, Rel. Ministro Campos Marques, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, publicado em 15/04/2013) (grifo nosso).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça recentemente (14.09.2016) sumulou esse entendimento, veja-se:

*Súmula 582: "***Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".*** (Grifo nosso).

Logo, com base em tais premissas, deve ser afastado o requerimento de desclassificação do delito para a sua forma tentada, mantendo-se, pois, a imputação penal pelo crime consumado de roubo (art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal).

Quanto à redução da pena-base para o mínimo legal:

Postulou também o apelante pela readequação da pena-base, de modo que seja ela reduzida para o mínimo previsto pelo legislador, sob o pretexto de que as circunstâncias judiciais atinentes à culpabilidade e circunstâncias do crime não devem ser consideradas como prejudiciais.

A pretensão não merece acolhimento.

Com efeito, para melhor compreensão dos fatos, transcrevo a seguir o respectivo trecho da sentença guerreado, no qual o magistrado sentenciante aventou suas razões com relação à fixação da sanção penal no âmbito da etapa inicial da dosimetria:

> *"(...) A* ***sua culpabilidade é elevada para a espécie****, pois praticado o crime em uma região erma, com pouca passagem de pessoas e quase nenhuma presença estatal, notadamente órgãos de segurança pública, próximo à fronteira com o Paraguai; (...)* ***as circunstâncias são mais graves*** *que as habituais, pois houve emprego de arma de fogo, o que aumenta a aterrorização da vítima. (...)"* (fl. 244) (grifo nosso).

Com base nos fundamentos acima colacionados, pode-se verificar que o juiz de primeiro grau estabeleceu a pena-base, acima do mínimo legal, em 10 (dez) anos e sanção pecuniária 151 (cento e cinquenta e um) dias-multa.

Sobre a culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schimitt, *"a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade"*.[2].

Nesse aspecto, o magistrado utilizou como fundamento para valoração desfavorável do supracitado elemento subjetivo, o fato de o agente ter praticado o delito em região de reduzida movimentação de pessoas (próximo a uma aldeia indígena), sendo local isolado da atuação policial.

Quanto a tal análise, verifica-se o magistrado de origem valorou corretamente o grau de culpabilidade do art. 59 do Código Penal, visto que a conduta criminosa extrapolou os limites razoáveis do tipo penal de roubo.

Ora, além da violência física praticada contra a vítima, tem-se que o apelante aproveitou para praticar o delito em local de inexpressiva visibilidade, no qual praticamente inexiste trânsito de pessoas e presença de autoridades públicas capazes de conter o cometimento de ilícitos.

Portanto, observa-se, claramente, que o critério utilizado pelo juiz da primeira instância correspondeu aos elementos que devem ser analisados nessa questão, pois houve apreciação do grau de reprovabilidade da conduta do apelante, que se mostrou exacerbada e censurável, extrapolando os limites razoáveis do conceito analítico do crime de roubo.

A par disso, pode-se verificar que essa circunstância judicial foi devidamente analisada, de modo que a sua negativação amparou-se em elementos absolutamente concretos, que ensejam a conservação de sua avaliação desfavorável.

No tocante às circunstâncias do crime, verifica-se que tal elemento subjetivo corresponde ao modo de execução empregado na prática do delito, sendo os elementos atinentes ao *modus operandi* que influenciam em sua gravidade.

Para análise de tal circunstância, faz-se necessário precisar quais os fatos concretos e fáticos que caracterizam as particularidades do fato delituoso, servindo como parâmetro relevante a indicar uma maior ou menor censurabilidade da conduta praticada pelo réu.

Na presente hipótese, tem-se que foi valorada em razão do emprego de arma de fogo para a prática do ilícito (fl. 244).

2 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória – teoria e prática.** Editora Juspodivm. 7ª Edição. 2012. Págs. 115 e 116.

No caso, restou suficientemente comprovada a utilização do artefato, que inclusive foi empregado pelo apelante para desferir disparos na perna da vítima, a qual influída emocionalmente pela grave ameaça e violência física perpetradas pela arma de fogo deixou de oferecer resistência à investida criminosa do apelante, principalmente em razão do evidente porte ostensivo do artefato e, sobretudo, pela sua potencialidade lesiva.

Essas considerações tornam possível a incidência de tal circunstância na primeira fase da dosimetria, como elemento apto a elevar a pena-base fixada.

Quanto ao abrandamento do regime prisional:

No tocante ao pedido de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, saliento que tal pleito será analisado posteriormente, considerando-se que o Ministério Público fez pedido concernente ao aumento da pena-base.

Do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual:

Postula o Parquet pela readequação da pena-base, de modo que seja fixada em patamar acima do fixado pelo magistrado, sob o pretexto de que as circunstâncias judiciais atinentes à culpabilidade, circunstâncias do crime, personalidade, conduta social, motivos e consequências do crime devam ser consideradas como prejudiciais ao réu.

A pretensão merece parcial acolhimento.

Pois bem, verifica-se da sentença guerreada, que o magistrado sentenciante estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal, em 10 (dez) anos de reclusão e sanção pecuniária de 151 (cento e cinquenta e um) dias-multa, balizando-se na prejudicialidade das moduladoras relativas à culpabilidade e circunstâncias co crime.

Pelo aumento do valor desfavorável da culpabilidade, o órgão ministerial argumenta que o réu premeditou o crime, acarretando maior intensidade do dolo.

Em relação ao referido elemento subjetivo, deve ficar delimitado que somente pode ser considerado negativo quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Tem-se que a referida circunstância judicial já foi valorada de modo desfavorável pelo magistrado sentenciante, sendo que o fato de o réu ter convidado outros companheiros para a prática do crime, os quais não aceitaram o convite, não se trata de elemento capaz de elevar sobremaneira a censurabilidade da conduta prática da pelo réu, demonstrando elemento integrante da normalidade do tipo penal sob análise.

Nesse aspecto, a fundamentação apresentada pelo Ministério Público não extrapolou os limites razoáveis do conceito analítico do crime de roubo com resultado de lesão grave (art. 157, § 3º, primeira parte).

No que se refere ao *quantum* de exasperação de cada circunstância judicial desfavorável, não há um critério objetivo para o aumento 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 vinculada 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, a fim de que casos equivalentes não sejam tratados de forma desproporcional, devendo ser tratados por critérios justos.

No caso, a elevação de 1 (um) ano e 06 (seis) meses e 70 (setenta) dias-multa acima do mínimo legal, pela culpabilidade, importa em critério adequado e proporcional, não sendo necessária a alteração do patamar fixado.

Com relação à personalidade, verifica-se que esta deve ser considerada como "*o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa*"[3].

De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, "*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*"[4].

In casu, o Ministério Público fundamentou o valor prejudicial da personalidade em razão dos vários atos infracionais praticados pelo apelado quando ainda era menor de idade. No dizer de Guilherme de Souza Nucci, citando definição de Mario Fedeli: *"a personalidade representada a totalidade completa, a síntese do Eu:constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. (...) A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende."*[5]

No caso em testilha, observa-se, mediante simples consulta à certidão de antecedentes criminais (fls. 100-103), que o crime praticado em questão não foi um evento isolado na vida do apelado. Em detida análise a tal certidão, pode-se verificar que o réu, ainda na condição de menor inimputável, incidiu no cometimento de atos infracionais, sendo imposta medidas sócio-educativas, três delas, inclusive, de internação (autos nº 0000815-74.2008.8.12.0044, 0000872-53.2012.8.12.0044, 0000405-40.2013.8.12.0044).

O panorama fático acima exposto reflete a indicação de que o apelado é pessoa que opta incessantemente pelo antagonismo à ordem social e a sua tendência de desrespeito à paz pública, assim como o confronto à ordem legal. Essa situação enseja a conclusão de que ele tem caráter voltado à agressividade, perversidade e insensibilidade exacerbada, elementos que constituem indicativos sobre a sua personalidade desregrada.

Dessa forma, como fatores negativos da personalidade também podem ser considerados a irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, o contínuo descumprimento das regras legais e a desonestidade, o que se evidencia com os inúmeros atos infracionais a que já respondeu.

Os atos infracionais, no caso, foram avaliados em relação à personalidade e não como antecedentes criminais, o que é perfeitamente possível, consoante entendimento jurisprudencial:

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *(...)*
>
> *DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATOS INFRACIONAIS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O MUNDO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REFERÊNCIAS VAGAS. IMPOSSIBILIDADE DE MAIOR APENAÇÃO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.*

3 Ibid. Pág. 132.

4 HC 50.331/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550.

5 NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed, Editora Revista dos Tribunais, p.169/170.

> *1. Consoante precedentes desta Corte Superior, atos infracionais não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base.*
>
> ***2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.***
>
> *(...)".* (STJ, HC 198223 / PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, J. em 19/02/2013, Pub. em 04/03/2013) (grifo nosso).

Logo, há que ser considerada negativa a circunstância judicial da personalidade em desfavor de Wellington.

No tocante à conduta social, o julgador deve analisar o comportamento do agente no seio familiar, profissional, religioso, escolar, social como um todo, sem se confundir com os conceitos relativos aos antecedentes e à reincidência, os quais são reservados para o cometimento de fatos ilícitos.

Em outras palavras, a conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família, os colegas de trabalho e os demais grupos sociais existentes a seu redor, devendo ser analisada com baliza em elementos concretos e não pelo fato de o agente não possuir emprego fixo, porquanto tal fundamento não coincide com os elementos que constituem o conceito da referida moduladora.

A esse respeito, esclarece o ilustre doutrinador Rogério Grecco:

"*(...) Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procurando-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ter ou não influenciado no cometimento da infração (...)*". (Código penal comentado. 4. ed. Niterói, RJ : Impetus, 2010. p. 140.).

Considerando-se que o respectivo elemento subjetivo refere-se, dentre outros aspectos, à responsabilidade funcional do réu, estando intimamente ligado com a relação de afeto existente entre o agente e os demais membros da família, seu grau de importância na estrutura familiar, seu relacionamento com as pessoas que residem na vizinhança, sua vocação para o trabalho, para a ociosidade excessiva, tem-se que não há informações suficientes nos autos para atribuição de valor negativo à conduta social do apelado.

Assim, por não ser possível obter uma visão mais aclarada para a justa aplicação da conduta social em desfavor do acusado, é de mister a manutenção dessa circunstância como elemento favorável.

Em relação aos motivos, tem-se que o intuito de utilizar a res furtiva para a compra de entorpecentes e sustento do vício não é passível de ser valorada negativamente na primeira fase, pois os elementos apontados são inaptos em ensejar a atribuição negativa de tal circunstância judicial.

Com relação às circunstâncias do crime, da leitura atenta da sentença, extrai-se que o magistrado de primeiro grau utilizou como fundamento para valorar negativá-las o fato de o apelante ter praticado o delito mediante emprego de arma de fogo (fl. 244), a qual foi, inclusive, utilizada para produzir lesões graves em face da vítima.

A par disso, o Ministério Público argumenta que o emprego do referido artefato deveria ter sido avaliado no tópico da culpabilidade, negativando as circunstâncias em razão de o crime também ter sido praticado contra a esposa da vítima, que estava de garupa na motocicleta do ofendido.

Entretanto, a presença da esposa da vítima Rinaldo não restou suficientemente corroborada nos autos, não tendo sido interrogada em juízo para esclarecimento dos fatos, motivo pelo qual não torna-se possível considerar tal fundamentação para análise desfavorável das circunstâncias do crime.

Com relação à moduladora das consequências, o *Parquet* pugna pela sua valoração negativa sob o argumento de que a conduta praticada resultou em graves danos patrimoniais e morais à vítima, a qual revelou em juízo que ainda sofre com fortes dores na perna.

Quanto aos danos patrimoniais, restou demonstrada a restituição integral da motocicleta objeto de furto, conforme auto de entrega de fl. 23.

No que tange aos danos morais e à lesão grave produzida na perna da vítima, decorrente de disparo de arma de fogo, verifica-se que tal circunstância já foi valorada quando da capitulação jurídica do crime, uma vez que o acusado foi denunciado e condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, primeira parte, do CP, *ipsis litteris*:

> *"Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*
>
> *(...)*
>
> ***§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa*** *(...)"* (grifo nosso).

Assim, pode-se verificar que a lesão grave resultante da prática do roubo já encontra-se inserida na modalidade qualificada do crime pela qual o apelado foi incurso (art. 157, § 3º, 1ª parte, do CP), sendo ínsita ao tipo penal mencionado, não devendo tal elemento, pois, ser considerado também na primeira fase dosimétrica, sob pena de violação ao princípio do *nem bis in idem* (dupla valoração pelo mesmo fato).

Redimensionamento da sanção penal:

Na primeira fase da dosimetria da pena, em consonância com o que restou decidido no corpo do voto, pode-se verificar que foram consideradas como prejudiciais ao réu as moduladoras equivalentes à culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime. Diante disso, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 11 (onze) anos e 06 (seis) meses e 220 (duzentos e vinte) dias-multa.

Na etapa intermediária, presentes as atenuantes da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) e menoridade relativa (art. 65, I, do CP), reduzo a pena estabelecida no mesmo quantum aplicado pelo magistrado, tornando a pena provisória em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa.

Na fase final da dosimetria, à míngua de causas de aumento e de causas de diminuição, fica a pena definitiva fixada em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época dos fatos, a ser cumprida em o regime prisional fechado, em conformidade com a quantidade de pena aplicada (art. 33, § 2º, "a", do CP) e presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (§ 3º), mostrando-se suficiente e adequado para prevenir e reprimir a prática de condutas contra o patrimônio.

Dos prequestionamentos.

Por derradeiro, com relação ao prequestionamentos suscitados pela Defesa e pelo Ministério Público, cabe esclarecer que as questões levantadas não merecem qualquer abordagem pormenorizada, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Disposições finais:

Diante do exposto, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, apenas para valorar de forma desfavorável a moduladora da personalidade, redimensionando a reprimenda definitiva para 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional fechado.

O Sr. Des Carlos Eduardo Contar. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Vogal)

Peço vênia para divergir do voto inaugural no tocante à pena-base, pois no presente caso, tenho que as circunstâncias judiciais da culpabilidade e personalidade devem ser afastadas, ante a inidoneidade da fundamentação utilizada.

Explico.

A culpabilidade, tida como desfavorável porquanto *"praticado o crime em uma região erma, com pouca passagem de pessoas e quase nenhuma presença estatal, notadamente órgãos de segurança pública, próximo à fronteira com o Paraguai"*, certamente não pode autorizar a exasperação da pena-base, eis que a mera afirmação de que o delito foi praticado em local ermo é ínsita ao delito de roubo.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – CONCURSO DE AGENTES – PROVAS SUFICIENTES – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – LUGAR ERMO E HORÁRIO NOTURNO. I. As ofendidas, desde a fase extrajudicial, narraram a prática da subtração por dois indivíduos. Inegável o concurso de agentes, embora o comparsa não tenha sido identificado. A palavra da vítima, em crimes contra o patrimônio, tem grande valor probatório. II. A justificativa de que o delito ocorreu em lugar ermo e à noite, para aumentar a pena-base no roubo, é ínsita ao tipo. O local é dotado de iluminação pública. III. Parcial provimento ao apelo."* (TJ/DF - APR 20140710339739 - Primeira Turma Criminal - Exma. Sra. Desª Sandra de Santis - julgamento em 23/05/2016)

Por fim, com relação à personalidade, vislumbro que a *"personalidade voltada à prática de delitos"* não deve ser usada nos julgados, pois estará se ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, a míngua da existência de sentença penal condenatória transitada em julgado que atribua ao agente a autoria em outra prática delituosa anterior ou quiçá, na hipótese da existência de decisão definitiva, poderemos, inclusive, estar incorrendo em *bis in idem*, ante a possibilidade de tal situação já ter sido valorada como maus antecedentes.

Passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, diante da existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta dias-multa).

Na segunda fase, presentes as atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, reduzo a pena para o mínimo legal de 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e de diminuição, fixa a pena definitiva em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos).

Nos termos do art. 33, § 2.º, *a* e § 3.º do Código Penal, mantenho o regime inicial fechado fixado na sentença.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena-base ante o afastamento das circunstâncias judiciais da culpabilidade e personalidade; e, nego provimento ao recurso ministerial, restando Wellington Ertes Augusto condenado definitivamente em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos), mantido o regime inicial fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso da defesa e deram parcial provimento ao recurso do ministério público, nos termos do voto do relator, vencido em parte o 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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 24 de outubro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo Regimental nº 1408960-91.2016.8.12.0000/50000 - Naviraí
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – AÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO CONHECIDA – NÃO INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ADEQUADO NO MOMENTO OPORTUNO – RENÚNCIA DO ADVOGADO PARTICULAR – ACUSADO QUE PASSOU A SER REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – ÓRGÃO DEFENSIVO QUE RECEBE O PROCESSO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA – MARCHA PROCESSUAL PARA FRENTE – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA ESTREITA VIA DO *WRIT* – RECURSO DESPROVIDO, COM O PARECER.

Inadmissível o pedido de declaração de nulidade, embasado na suposta deficiência da defesa técnica, no âmbito restrito do *habeas corpus*, que não pode adentrar no exame de provas.

O ingresso da Defensoria Pública se deu na fase processual do art. 422 do CPP, sendo inadmissível a pretensão de retrocesso da marcha processual, para a interposição do recurso não interposto no momento oportuno, quando o acusado estava devidamente representado nos autos, por advogado constituído, o qual foi regularmente intimado, além, é claro, da intimação pessoal do próprio recorrente.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

João Carlos Dias Marques, qualificado nos autos, inconformado com a decisão monocrática proferida por este julgador, que não conheceu do pedido de *habeas corpus* impetrado em seu favor, diante da inadequação da ação constitucional para exame do conjunto fático-probatório, interpõe agravo regimental objetivando a reconsideração do *decisum* ou o julgamento pelo Colegiado.

Pugna pelo provimento recurso, reformando-se a decisão monocrática.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 14/15 pelo desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por João Carlos Dias Marques, inconformado com a decisão proferida por este desembargador, que não conheceu do pedido de *habeas corpus* impetrado em seu favor, por inadequação da ação constitucional para exame do conjunto fático-probatório.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

> *"A Defensoria Pública Estadual impetrou o presente Habeas Corpus, com pedido liminar, em favor de João Carlos Dias Marques, qualificado nos autos, almejando, basicamente, a declaração de nulidade processual no bojo da ação penal nº 0002794-72.2015.8.12.0029, por suposta violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Apontou, como autoridade coatora, o Magistrado da Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS.*
>
> *Em suas razões, afirmou a Instituição impetrante, por seu representante, que o paciente é réu na ação penal acima mencionada, que tem por objeto a persecução judicial de crimes de latrocínio tentado e homicídio qualificado tentado. Aduziu ainda que, até a primeira fase do procedimento especial previsto para os processos de competência do Tribunal do Júri, como no caso dos autos, o paciente estava sendo patrocinado por advogado particular. Enfatizou que o paciente foi intimado da decisão de pronúncia, pessoalmente e na pessoa do seu advogado, não tendo sido manejado o recurso cabível. Relatou que o paciente foi intimado para os fins do art. 422 do Código de Processo Penal, na pessoa de seu advogado, o qual, ainda no curso do prazo, compareceu aos autos informando a renúncia ao mandato, quanto, então, os autos foram encaminhados à Defensoria Pública Estadual. Disse que, após análise processual, interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, o qual, apesar de recebido num primeiro momento, em posterior retratação do juiz, teve seguimento negado, por ser considerado intempestivo. Asseverou, nesse contexto, que o paciente não pode ser prejudicado pela desídia do advogado particular, que sequer esclareceu ao cliente o seu direito de manifestar o desejo de recorrer no ato de intimação pessoal. Arrematou, por fim, dizendo que há nulidade processual por deficiência da defesa técnica.*
>
> *Diante disso, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para que seja declarada a nulidade do processo a partir da decisão de rejeição do recurso em sentido estrito, recebendo-se e analisando o mérito do recurso. No mérito, postulou a confirmação dos efeitos da tutela de urgência.*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *Diante das circunstâncias do caso concreto, vislumbro a possibilidade de resolução monocrática do presente feito, por analogia (art. 3º do CPP) à inteligência legislativa do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil, na medida em que se está diante de pedido inadmissível, conforme doravante será demonstrado.*
>
> *Como visto, a controvérsia instaurada no presente Habeas Corpus gira em torno de suposta deficiência da defesa técnica do paciente nos autos da ação penal nº 0002794-72.2015.8.12.0029 que, segundo a impetrante, é causa de nulidade.*
>
> *Bem se sabe que a regularidade do exercício defensivo é elemento essencial à luz do devido processo legal, funcionando, especialmente no processo penal, como um limite a eventuais ingerências ilegais aos interesses do acusado que possam eventualmente decorrer do exercício desmedido do poder punitivo estatal.*

Deliberando sobre o assunto, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 39788/SP, discorrendo sobre a imprescindibilidade da defesa técnica no processo penal, expôs, com sabedoria, os seguintes pontos:

'É cediço que, 'no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu' (Súmula 523 do STF). Ademais, a teor do art. 156 do CPP, a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova da inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu. No caso, não reconheço, por parte da Defensoria Pública e do defensor constituído, grave deficiência técnica, prejudicial à recorrente e determinante para a violação objetiva da sua defesa. É certo que a defesa processual implica o reconhecimento, pelo Estado, da dignidade do acusado, enquanto ser humano, a merecer proteção contra possíveis ingerências ilegais em seus interesses. Representa, por conseguinte, fator de legitimação da atividade jurisdicional, que é validada perante a sociedade apenas se obtida com a participação defensiva do acusado. O direito de defesa, em uma visão individualista, privilegia o interesse do próprio imputado, mas sob ótica mais publicista da defesa, passa a ser concebido como uma garantia também da correta atividade jurisdicional. Assim, a defesa constitui não meramente um direito individual do acusado, mas uma garantia para o correto desenvolvimento do processo, em decorrência de um interesse público que supera o interesse do acusado e que, portanto, tendo como premissa a paridade de armas, não transige com a ausência de um contraditório efetivo. Cuida-se, pois, de assegurar-se um fair trial, que se concretiza, em regra, com a presença em juízo do defensor, minimamente capaz e hábil para oferecer ao réu condições de igualdade em relação ao seu acusador. A defesa é, portanto, uma 'garantia da exatidão do julgamento', uma exigência da sociedade, haja vista que o exercício da jurisdição criminal implica não somente uma responsabilidade individual, mas uma 'responsabilidade da comunidade social', dado o seu natural interesse em que a liberdade humana não seja arbitrariamente sacrificada (GAETANO FOSCHINI, Sistema del diritto processuale penale , Milano, Giuffrè, 1965, p. 268). Não por menos que, nos termos dos arts. 133 e 134, caput, da Constituição Federal, 'o advogado é indispensável à administração da justiça' e 'a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado', à qual incumbe, 'como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal'. Assim, 'de todos os direitos que um acusado tem, o da defesa técnica é mais abrangente, pois afeta a habilidade de garantir qualquer outro direito que ele possa ter' (SZAFIR, Alexandra. Algumas considerações sobre a ampla defesa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 45, p. 298). Por isso é que a atuação do defensor, público ou particular, não se reduz à defesa formal, contemplativa, mas demanda atuação combativa e tecnicamente capacitada, sob pena de considerar-se o réu indefeso.'

No presente caso, o paciente foi representado por advogado particular durante toda a primeira fase do procedimento especial, o qual foi devidamente intimado de todos os atos praticados, inclusive da decisão judicial de pronúncia, da qual também foi devidamente intimado o paciente, pessoalmente, por mandado.

Intimado, o advogado optou por não interpor recurso, deixando transcorrer o prazo legal sem qualquer manifestação nos autos.

Nesse ponto, a propósito, é oportuno deixar claro que a não interposição do recurso cabível contra a decisão de pronúncia, no caso dos autos, não deve ser entendida como omissão profissional ou desídia do advogado particular.

Na verdade, é preciso ter em mente que a medida pode ter sido traçada como mera estratégia defensiva, com a finalidade de não se adiantar eventuais teses que poderiam possivelmente ser ventiladas em plenário.

Além disso, também não se pode olvidar que, no sistema recursal do processo penal, vigora o princípio da voluntariedade, permitindo-se que o patrono público ou particular, mediante juízo de conveniência e oportunidade, delibere sobre a necessidade de impugnação ou não das decisões judiciais proferidas ao longo do procedimento.

Noutro dizer, efetuado um pronunciamento judicial, o representante do acusado não está obrigado a dele recorrer, podendo deliberar, à luz dos interesses do representado, sobre a necessidade ou não do manejamento recursal.

Portanto, diante desses argumentos, no caso dos autos, a mera falta de interposição do recurso cabível contra a decisão judicial de pronúncia não deve ser encarada como falha ou deficiência da defesa técnica do paciente.

Nesse sentido, aliás, trago à colação o seguinte julgado:

'(...). Não está caracterizada a deficiência da defesa técnica pela ausência, por si só, de interposição de apelação criminal no prazo legal, pois, ante o princípio da voluntariedade recursal, previsto no art. 574 do CPP, o defensor constituído não está obrigado a recorrer e as partes, pessoalmente intimadas da sentença em audiência, mantiveram-se inertes, não manifestando qualquer inconformismo com a condenação. 6. Recurso ordinário não provido. (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015).'

Além do mais, não se pode perder de vistas que o próprio paciente foi intimado pessoalmente da decisão de pronúncia, quando, então, poderia manifestar o seu desejo de recorrer, o que, porém, não foi feito.

Sobre a ciência quanto à possibilidade de interposição do recurso por termo nos autos, é evidente que o paciente tinha conhecimento sobre tal prerrogativa, até mesmo porque, como dito, até a ocasião, ele era representado por advogado particular, devidamente constituído, do que se presume que este tenha orientado devidamente o seu cliente sobre os seus direitos. Entendimento contrário deveria ser objeto de prova, que, entretanto, não foi trazida nesta oportunidade.

Saliente-se, por oportuno, que é dispensável ao oficial de justiça, na ocasião da intimação pessoal do acusado, a notificação deste sobre o seu direito de recorrer em liberdade, pois, além de haver exigência legal nesse sentido, trata-se de questão intimamente relacionada à defesa técnica.

A respeito:

'PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE TERMO DE RECURSO QUANDO DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA. REGULAR INTIMAÇÃO DO ACUSADO E DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. DISPENSABILIDADE DO TERMO NOS CASOS EM QUE O ACUSADO ESTEJA ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - 'A apresentação do termo de recurso ao réu não é requisito essencial à sua intimação da sentença condenatória (art. 392, inciso II, c.c. 357, do Código de Processo Penal), não ensejando, pois, a ausência desse documento, causa de nulidade, notadamente quando há advogado constituído que, embora regularmente cientificado, não

interpôs o recurso voluntário. Precedentes do STJ" (HC n. 72.373/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 20/10/2008). II - Aplica-se ao presente caso a mesma ratio decidendi, pois observa-se que tanto o acusado, quanto o defensor constituído foram regularmente intimados da decisão de pronúncia e não interpuseram o competente recurso em sentido estrito quando podiam fazê-lo, não podendo agora, diante da preclusão, invocar a ausência de apresentação de termo de recurso, dispensável quando o acusado está assistido por defensor constituído. Recurso ordinário desprovido. (RHC 61.365/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016).'

Feitas essas constatações, conclui-se que a não interposição do recurso cabível contra a decisão de pronúncia não pode ser considerada como deficiência da defesa técnica.

Logo, o pedido de declaração de nulidade, embasado na suposta deficiência da defesa técnica, no âmbito restrito do habeas corpus, que não pode adentrar no exame de provas, é inadmissível, podendo, assim, ser rejeitado em sede deste pronunciamento monocrático, nos termos do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil, que se aplica analogicamente ao caso.

Diante do exposto, não conheço do presente Habeas Corpus.

Publique-se e intime-se.

Após, arquivem-se os autos, com as anotações necessárias".

A meu juízo, a decisão impugnada se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nota-se que o agravante não traz qualquer fato ou argumento capaz de ilidir os fundamentos da decisão recorrida, pretende apenas rediscutir a matéria já exaustivamente apreciada, razão pela qual não merece acolhimento o agravo interno.

Conforme exaustivamente declinado na fundamentação da decisão agravada, inexistem motivos para alterar a cognição firmada naquela ocasião, não sendo o caso de conhecer do *habeas corpus* e determinar o recebimento do recurso em sentido estrito.

Compulsando os autos da ação penal de orgiem – 0002794-72.2015.8.12.0029 (SAJ/TJMS – PG) – foi possível verificar que a sentença de pronúncia foi proferida em 16/05/2016, sendo o réu devidamente intimado em 18/05/2016, através de advogado particular, por meio da imprensa oficial (fl. 163), e pessoalmente, por mandado (fl. 165).

Desse modo, o prazo recursal se esgotou em 23/05/2016, sem manifestação de nenhuma das partes e, sendo o processo uma marcha de atos subsequentes até a decisão final, o magistrado, em 01/06/2016 (fl. 167), proferiu despacho intimando defesa e acusação para os fins do art. 422 do CPP.

Apenas em 13/06/2016 houve a renúncia do advogado constituído, com expressa concordância do agravante (fls. 172/173), sendo a Defensoria Pública Estadual intimada em 24/06/2016 (fl. 175).

A partir desse momento, o ingresso da Defensoria Pública se deu na fase processual do art. 422 do CPP, sendo inadmissível a pretensão de retrocesso da marcha processual, para a interposição do recurso não interposto no momento oportuno, quando o acusado estava devidamente representado nos autos, por advogado constituído, o qual foi regularmente intimado, além, é claro, da intimação pessoal do próprio recorrente.

Todos esses aspectos revelam que inexiste qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida, que deve ser mantida em todos os seus termos, restando assaz demonstrado meu posicionamento pela inadmissibilidade da utilização da ação constitucional para a rediscussão do conjunto fático-probatório relativamente a não interposição do recurso em sentido estrito, se foi ou não estratégia de defesa, se pode ou não a Defensoria Pública utilizar o segundo grau de jurisdição, com o retorno dos atos para trás, após perfeita e acabada a fase processual anterior.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001604-69.2010.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – DENÚNCIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE – CONDENAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA POR 23 VEZES – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO POR MAIS 8 FURTOS – INSIGNIFICÂNCIA AFASTADA – PENA-BASE DOS DEMAIS DELITOS EXASPERADA – REDIMENSIONAMENTO DA SEGUNDA E TERCEIRA FASES – REGIME PRISIONAL – SEMIABERTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Afasta-se a absolvição dos agentes, pela prática de oito furtos, ante a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a extensa lista de bens furtados e o fato de que, em cidade do interior, praticaram os delitos quase que por "arrastão" no comércio local, tamanha a quantidade de vítimas.

Inviável a aplicação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista a premeditação na prática dos delitos, a futilidade no motivo do crime e a segunda qualificadora, deslocada para a primeira fase da dosimetria da pena.

Redimensionada a pena-base, há reflexo na segunda fase da dosimetria da pena, afastando-se a redução aquém do mínimo legal, em virtude da aplicação de atenuantes.

Fixada a pena acima de 4 anos de reclusão, o regime prisional inicial é o semiaberto e inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

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.

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Para evitar repetições desnecessárias, adoto o relatório contido no parecer de lavra do Procurador de Justiça Evaldo Borges Rodrigues da Costa, f. 525-527:

> *"John Lennon de Sá E Geani Josefa de Sá foram denunciados como incursos nas sanções do art. 155, § 4.º (furto qualificado), II (mediante fraude) e IV (concurso de pessoas), c/c o artigo 29 'caput', ambos do Código Penal, por trinta e duas vezes, na forma de art. 71 'caput' do Código Penal.*

Consta da denúncia (fls. 02/05), que:

" (...) no dia 02 de julho do corrente ano, às 10h, na Avenida do

Povo, na 'Ótica Andréia', neste Município e Comarca, os denunciados John Lennon e Geani Josefa agindo em concurso, subtraíram para si, coisa alheia móvel, precisamente uma joia (porta-aliança), avaliado em R$ 378,00 (trezentos e setenta e oito reais), da vítima Anna Rita Magalhães de Assis, funcionária do estabelecimento citado.

Consta, ainda, que no dia seguinte (03 de julho de 2010), na rua Aroeiras, nº 1570, nesta cidade, os acusados, agindo em concurso, subtraíram para si, coisa alheia móvel, precisamente um aparelho celular, marca LG, modelo GM 205, avaliado em aproximadamente R$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais), da vítima Ivam Oliveira Nascimento.

Consta, por fim, que em meados do ano de 2010, na Avenida do Povo, centro, neste Município e Comarca, os denunciados, agindo em concurso, subtraíram para si, coisa alheia móvel, a saber, diversas peças de roupas masculinas e femininas, pares de sapatos, bolsas, malas e bijuterias, maquiagens avaliadas em um total de R$ 8.134,52 (oito mil, cento e trinta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), do interior das lojas das vítimas

Zildinete Freitas Padilha ('Padilha Magazine'), Luzia Aparecida Barbosa Cunha ('Belíssima'), Maria Luiza Barros ('Luiza Confecções'), Joseval dos Santos ('Felipe Variedades'), Maria dos Anjos Bispo Santos ('Spaço Livre'), Inácio Jesus Dias ('Universal Modas'), Valdeni dos Santos, (Loja dos Amigos), Caroline Larissa Preisner da Silva ('LM Modas'), Socorra Rodrigues Ferreira Schwab ('Morena Modas'), Lucimar da Silva ('Stilo Modas'), Rosilene Soares de Oliveira ('Confecções Rosilene'), Silvana Alves da Fonseca ('Destak Magazine'), Maria Eunice de Moura Gonçalves ('Tempos Modernos'), Paulo José Belafonte ('Castelini Confecções'), Edna Ferreira Farias ('Carol Fashion'), Sandra Aparecida Gontijo ('Valentina Modas'), Maria Cristina Teodoro Ferreira da Silva ('Pitanga Variedades'), Raquel Carvalho da Silva ('Magazine do Povo'), Maria Vieira Lopes ('Loja Primavera'), Katiane Silva Feitosa ('Ellegance'), Vera Lúcia Dias dos Santos ('Audácia'), Indira Neuzanir Polossi ('Masol Magazine'), Maristela Carolina Santana ('Utilíssima'), Alessandra Ferreira Alves ('Bazar Myllena'), Evandro Sávio Peixoto Barbosa ('Farmácia Futura'), Claudiana Borges de Souza ('Drogaria dos Amigos), Cláudia Regina de Melo Toledo ('Tecidos e Confecções Sonora') e Lediane Oliveira Duarte ('Blitz Roupas e Acessórios'), proprietários e funcionários das lojas retro mencionadas. (...)".

Processado o feito, o MM. Juiz a quo, proferiu a r. decisão de fls. 423/455, julgando parcialmente procedente a denúncia...:

a) Absolvendo os réus John Lennon de Sá e Geani Josefa de Sá da conduta descrita no art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal, contra as vítimas Cláudio Rogério Coutinho, Valdeci Ferreira da Silva, Raquel Carvalho da Silva, Maria Vieira Lopes, Alessandra Ferreira Alves, Evandro Sávio Peixoto Barbosa, Claudiana Borges de Souza e Cáudia Regina Melo Toledo, com fulcro no artigo 386, inciso III (atipicidade da conduta), em virtude da aplicação do princípio da Insignificância;

b) Condenando John Lennon de Sá, como incurso nas sanções do art. 155, §2º e §4º, inciso IV, do Código Penal, contra as vítimas, Ivam Oliveira Nascimento, Zildinete Freitas Padilha, Maria Luiza Barros, Joseval dos Santos, Maria dos Anjos Bispo dos Santos, Inácio Jesus Dias, Valdeni dos Santos, Socorra Rodrigues Ferreira Schwab, Lucimar da Silva, Maria Eunice de Moura Gonçalves, Edna Ferreira Farias, Maria Cristina Teodoro Ferreira, Katiane Silva Feitosa, Indira Neuzanir Colossi, Maristela Carolina Santana e Lediane Oliveira Duarte; art. 155, §2º e §4º, inciso IV do Código Penal, contra as vítimas

Anna Rita Magalhães de Assis e Luiza Aparecida Barbosa Cunha; art. 155, §4º, inciso II, do Código Penal, contra as vítimas Caroline Larissa Preisner da Silva, Silvana Alves da Fonseca, Paulo José Belafonte e Sandra Aparecida Gontijo; art. 155, §4º, inciso II, do Código Penal, contra a vítima Rosilene Soares de Oliveira; à pena definitiva de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze dias-multa), pena que restou substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária e na prestação de serviços à comunidade e;

c) Condenando Geani Josefa de Sá nas sanções do art. 155, §2º e §4º, inciso IV, do Código Penal, contra as vítimas, Ivam Oliveira Nascimento, Zildinete Freitas Padilha, Maria Luiza Barros, Joseval dos Santos, Maria dos Anjos Bispo dos Santos, Inácio Jesus Dias, Valdeni dos Santos, Socorra Rodrigues Ferreira Schwab, Lucimar da Silva, Maria Eunice de Moura Gonçalves, Edna Ferreira Farias, Maria Cristina Teodoro Ferreira, Katiane Silva Feitosa, Indira Neuzanir Colossi, Maristela Carolina Santana e Lediane Oliveira Duarte; art. 155, §2º e §4º, inciso IV do Código Penal, contra a vítima Anna Rita Magalhães de Assis; art. 155, §4º, inciso II, do Código Penal, contra as vítimas Caroline Larissa Preisner da Silva, Silvana Alves da Fonseca, Paulo José Belafonte e Sandra Aparecida Gontijo; art. 155, §4º, inciso II, do Código Penal, contra a vítima Rosilene Soares de Oliveira; à pena definitiva de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze dias-multa), pena que restou substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária e na prestação de serviços à comunidade.

Inconformada com a r. decisão monocrática, a representante do Ministério Público Estadual de 1.º grau, recorreu, mediante apelação criminal (fls. 483/505), pugnando pela reforma da r. decisão de primeira instância para condenar John Lennon de Sá e Geani Josefa de Sá como incursos nas sanções do art. 155, §4º (furto qualificado), inciso IV (mediante fraude), do Código Penal, contra as vítimas Cláudio Rogério Coutinho, Valdeci Ferreira da Silva, Raquel Carvalho da Silva, Maria Vieira Lopes, Alessandra Ferreira Alves, Evandro Sávio Peixoto Barbosa, Claudiana Borges de Souza e Cáudia Regina Melo Toledo, afastando-se a aplicação do princípio da insignificância e, ainda, pugna pela majoração da penabase; pela não aplicação das atenuantes de confissão e menoridade relativa que acarretaram a redução da pena abaixo do mínimo legal e por último; pelo agravamento do regime de cumprimento inicial da pena. Prequestiona-se a violação do artigo 5º, incisos II e LVI da CF e do artigo 68, caput, do Código Penal.

John Lennon de Sá e Geani Josefa de Sá apresentaram as contrarrazões recursais às fls. 508/517, pugnando pelo improvimento do recurso interposto".

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.525-534) pelo provimento do recurso.

Por este relator observada a necessidade de aplicação do artigo 489, § 3º, do NCPC na interpretação da sentença (f. 536-538).

Ciência da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 543).

A defesa técnica dos apelados requer o reconhecimento da prescrição (f. 546).

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estadual.

John Lennon e Geani foram acusados de cometerem 32 furtos qualificados, em continuidade delitiva em Sonora-MS, nos dias 2 e 3 de julho de 2010 e em meados de 2010.

VÍTIMA	VALOR DA *RES FURTIVA*
Anna Rita Magalhães de Assis	R$ 378,00 (f. 11-12)
Lucimar da Silva (Stilo Modas)	R$ 469,70 (f. 58)
Zildinete Freitas Padilha (Padilha Magazine)	R$ 148,00 (f. 36-37)
Luzia Aparecida Barbosa Cunha (Belíssima)	R$ 170,66 (f. 39).
Maria Luíza Barros (Luíza Confecções)	R$ 267,60 (f. 41)
Joseval dos Santos (Fellipe Variedades)	R$ 283,37 (f. 43)
Maria dos Anjos Bispo Santos (Spaço Livre)	R$ 389,60 (f. 45)
Inácio Jesus Dias (Universal Modas)	R$ 188,00 (f. 47)
Valdeni dos Santos (Loja dos Amigos)	R$ 198,70 (f. 50)
Carolina Larissa P. da Silva (LM Modas)	R$ 597,80 (f. 52)
Ivam Oliveira do Nascimento	R$ 430,00 (f. 54)
Socorra Rodrigues Ferreira (Morena Modas)	R$ 314,66 (f. 56)
Rosilene Soares de Oliveira (Confecções Rosilene)	R$ 915,00 (f. 60)
Silvana Alves da Fonseca (Destak)	R$ 852,73 (f. 62)
Maria Eunice de Moura Gonçalves (Tempos Modernos)	R$ 120,00 (f. 64)
Paulo José Belafonte (Loja Castelini)	R$ 902,10 (f. 66)
Edna Ferreira Farias (Carol Fashion)	R$ 133,00 (f. 68)
Sandra Aparecida Gontijo (Valentina Modas)	R$ 615,00 (f. 70)
Maria Cristina Teodoro Ferreira (Cris Modas)	R$ 265,00 (f. 72)
Cláudio Rogério Coutinho (Loja Tigre)	R$ 54,90 (f. 74)
Valdeci Ferreira da Silva (Loja Pitanga)	R$ 49,90 (f. 76)
Raquel Carvalho da Silva (Magazine do Povo)	R$ 20,00 (f. 78)
Maria Vieira Lopes (Loja Primavera)	R$ 59,90 (f. 80)
Katiane Silva Feitosa (Ellegance)	R$ 189,79 (f. 82)
Vera Lúcia Dias dos Santos (Audácia)	R$ 85,90 (f. 84)
Indira Neuzanir Polossi (Masol)	R$ 271,54 (f. 90)
Maristela Carolina Santana (Utilíssima)	R$ 109,93(f. 92)
Alessandra Ferreira (Bazar Myllena)	R$ 46,86 (f. 94)
Evandro Sávio Peixoto Barbosa (Farmácia Futura)	R$ 44,80 (f. 96)
Claudiana Borges de Souza (Drogaria dos Amigos)	R$ 32,00 (f. 98)
Cláudia Regina de Melo Toledo (Tecidos e Confecções Sonora)	R$ 97,78 (f. 100)
Leidiane Oliveira Duarte (Loja Blitz)	R$ 239,90 (f. 102)

No caso concreto, os apelados foram acusados da prática de 32 crimes e absolvidos dos delitos tendo como vítimas Cláudio Rogério Coutinho (Loja Tigre), Valdeci Ferreira da Silva (Loja Pitanga), Raquel Carvalho da Silva (Magazine do Povo), Maria Vieira Lopes (Loja Primavera), Alessandra Ferreira Alves (Bazar Mylenna), Evandro Sávio Peixoto Barbosa (Farmácia Futura), Claudiana Borges de Souza (Drogaria dos Amigos), Cláudia Regina de Melo Toledo (Tecidos e Confeccções Sonora), e Vera Lúcia Dias dos Santos (Audácia), sendo que recebo o apelo do Ministério Público Estadual no tocante ao pedido de condenação dos apelados pela prática dos referidos furtos .

Assiste razão ao apelante na condenação dos em relação à aplicação do princípio da insignificância.

No caso concreto, não há como se verificar cada crime de forma isolada.

Conforme novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, *"a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal.* (STF. HC 133226 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 29/03/2016, Processo Eletrônico DJe-082 Divulg 27-04-2016 Public 28-04-2016) ".

Os apelantes vieram do Piauí para Sonora-MS para trabalhar, sendo que Geani ficava em casa e a renda não era suficiente para adquirir bens de consumo, como par de alianças, roupas, bolsas, celular e a extensa lista de bens furtados, sendo que furtaram quase que por "arrastão", tamanha a quantidade de vítimas.

A conduta reprovável dos apelados impossibilita a incidência do princípio da insignificância.

Anote-se que a materialidade e autoria dos referidos delitos encontra-se devidamente comprovada nos autos

Na fase policial, Cláudio Rogério Coutinho (f. 73), narrou que Geani foi algumas vezes sozinha na loja, outras vezes com seu comparsa e provava muitas roupas, mas não havia desconfiado dos mesmos e, em juízo (f. 272), disse que após a prisão dos apelados, compareceu à Delegacia de Polícia e reconheceu duas peças de roupa, um short e uma blusa feminina, entre os bens apreendidos com os mesmos.

Valdeci Ferreira da Silva (f. 75), na fase policial, expôs que o casal foi diversas vezes na sua loja e, entre os pertences apreendidos com os apelados, estava uma maleta vermelha que havia sido furtada. Narrou que Geani entrava, fazia perguntas e John Lennon ficava do lado de fora e referida maleta foi furtada após ser pendurada na frente da loja.

Em juízo, Valdeci Ferreira da Silva (f. 280) narrou que é proprietário da Loja Pitanga e o casal ia com frequência à sua loja, olhavam mercadorias e não compravam nada, já havendo desconfianças. Disse que identificou uma *nécessaire* subtraída de sua loja entre os bens recuperados com o casal.

Evandro Sávio Peixoto Barbosa, proprietário da Farmácia Futura, em juízo, afirmou que os apelados iam quase todos os dias a seu estabelecimento comercial e, na maioria das vezes, não compravam nada, não tendo desconfianças devido ao convênio que mantinha com a Usina Sonora. Expôs que após a prisão dos mesmos, reconheceu, entre os objetos apreendidos, uma sacola de sua farmácia, com três xampus e tintura de cabelo, que haviam sido objetos de furto e ainda estavam com a etiqueta (f. 276).

Na fase judicial, Cláudia Regina de Melo Toledo (Tecidos e Confecções) explanou que o casal foi à sua loja uma única vez, sendo que John Lennon ficou na porta e Geani olhou uma arara, sendo que, no momento, não percebeu o furto. Narrou que ao ser chamada na Delegacia de Polícia reconheceu, entre os objetos furtados pelo casal, uma bermuda e uma blusa que haviam sido subtraídas de sua loja (f. 278).

Maria Vieira Lopes (Loja Primavera), na fase policial, narrou que o casal foi até sua loja e sua amiga Lucimar disse que entre havia objetos da mesma entre as peças furtadas que foram recuperadas. Expôs que foi até a Delegacia de Polícia, reconheceu o casal por foto, sendo que foram duas vezes até sua loja e, ainda identificou uma camiseta masculina entre os objetos recuperados com os mesmos. Contou que Geani

e John Lennon foram à sua loja no final da tarde, no horário de fechar, olhavam várias peças, pediam para ver novidades e tudo era pouco, sendo que provavam muitas roupas e diziam que não haviam gostado de nada (f. 79).

Vera Lúcia Dias dos Santos, na fase policial, expôs que é proprietária da Loja Audácia, viu a foto do casal e confirmou que o mesmo foi à sua loja nos dias próximos a festa do rodeio, indagaram sobre abertura de crediário e deixaram algumas peças separadas para buscar posteriormente. Reconheceu nas peças apreendidas uma blusa feminina subtraída de sua loja (f. 83).

Claudiana Borges de Souza, na fase policial, expôs que trabalha como balconista na Drogaria dos Amigos e estava sozinha quando o casal foi ao local e Geani tentava desviar sua atenção para longe do local onde estava John Lennon. Narrou que Geani ficava perguntando os preços, mesmo estando os mesmos visíveis e John Lennon, toda hora, se abaixava atrás das prateleiras e, no dia seguinte, sentiu falta de um estojo de maquiagem, sendo que o mesmo estava entre as coisas apreendidas com o casal (f.97).

Raquel Carvalho da Silva (Magazine do Povo), na fase judicial, expôs que Geani e John Lennon frequentavam com frequência sua loja, na parte da tarde, horário de maior movimento, sendo que cada um ficava de um lado do comércio e raramente compravam alguma coisa. Contou que ao saber dos furtos, compareceu à Delegacia de Polícia para verificar as peças de roupa apreendidas em poder do casal, tendo reconhecido uma bolsa, uma camiseta pólo de sua loja (f.291).

Na fase judicial, Alessandra Ferreira Alves (Bazar Mylenna) narrou que reconheceu 14 chaveiros como sendo da loja que trabalha entre os objetos furtados. Confirmou que o casal frequentava a loja (f.292).

John Lennon e Geani não confessaram referidos delitos (f.312/314-315).

Portanto, comprovada a materialidade e autoria dos delitos.

Passo à dosimetria de pena única, como fez o julgador singular, pela prática do delito descrito no artigo 155, § 4º, incisos II e IV do Código Penal.

John Lennon

Culpabilidade: exacerbada. John Lennon em juízo, f. 389-391 não deixa margem de dúvidas que os delitos eram premeditados, pois praticava os furtos somente durante o dia e já tinha modus operandi desenvolvido para tal. normal ao tipo. Antecedentes: não possui. Conduta Social: sem elementos. Personalidade: sem elementos, pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: O motivo aqui também não é ambição ou lucro fácil, pura futilidade em ter roupas, celular, aliança, celular, bijuterias, enfim, o que o dinheiro de seu trabalho não permitia adquirir. Circunstâncias do delito: desloco a segunda qualificadora, concurso de agentes, para a pena-base. Consequências: normais da espécie, sem nenhuma particularidade. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito.

Desta forma, pela culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito negativos, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular, ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e pelo furto privilegiado (causa de diminuição), reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular para os demais delitos, ficando a pena definitivamente fixada em mesma em 2 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 22 dias-multa.

Geani

Culpabilidade: exacerbada. Do depoimento de GEANI, na fase judicial (f.391-392) extrai-se que os delitos foram, todos, praticados de forma premeditada. GEANI veio do Piauí para viver com o corréu JOHN LENNON, sendo dona de casa. Como a renda era pouca passou, junto a praticar furtos durante o dia, com o modus operandi desenvolvido para tal, de forma premeditada. Antecedentes: não possui. Conduta Social: sem elementos. Personalidade: sem elementos, pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: Referidos furtos não foram praticados por ambição ou lucro fácil, mas por pura futilidade em ter roupas e objetos que não podia adquirir de forma lícita. Circunstâncias do delito: desloco a segunda qualificadora, concurso de agentes, para a pena-base. Consequências: normais da espécie, sem nenhuma particularidade. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito.

Desta forma, pela culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito negativos, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular, ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e pelo furto privilegiado (causa de diminuição), reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular para os demais delitos, ficando a pena definitivamente fixada em mesma em 2 anos , 4 meses e 10 dias de reclusão e 22 dias-multa.

Passo à análise do recurso ministerial em relação às demais dosimetrias da pena.

Saliente-se que o Ministério Público Estadual não recorreu do percentual aplicado pelo julgador singular em razão da presença de atenuantes e nem da aplicação indevida do furto privilegiado.

John Lennon (f. 444-449)

Art. 155, § 2º e § 4º, inciso IV, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Ivam Oliveira Nascimento, Zildinete Freitas Padilha, Maria Luiza Barros, Joseval dos Santos, Maria dos Anjos Bispo dos Santos, Inácio Jesus Dias, Valdeni dos Santos, Socorra Rodrigues Ferreira Schwab, Lucimar da Silva, Maria Eunice de Moura Gonçalves, Edna Ferreira Farias, Maria Cristina Teodoro Ferreira, Katiane Silva Feitosa, Indira Neuzanir Colossi, Maristela Carolina Santana, e Lediane Oliveira Duarte

O julgador singular fixou a pena-base no mínimo legal, (f. 445).

Ora, o depoimento prestado por John Lennon em juízo, f. 389-391 não deixa margem de dúvidas que os delitos eram premeditados, pois praticava os furtos somente durante o dia e já tinha *modus operandi* desenvolvido para tal.

Assim, há elemento apto a justificar maior reprovação social à conduta do apelado, que praticou o delito de forma premeditada.

O motivo aqui também não é ambição ou lucro fácil, pura futilidade em ter roupas, celular, aliança, celular, bijuterias , enfim, o que o dinheiro de seu trabalho não permitia adquirir.

Outrossim, como são duas qualificadoras, o concurso de agentes será utilizado na primeira fase, como vetor negativo referente às circunstâncias do delito.

Desta forma, pela culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito negativos, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular, ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e pelo furto privilegiado (causa de diminuição), reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular (f. 446) para os demais delitos, ficando a pena definitivamente fixada em mesma em 2 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 22 dias-multa.

Art. 155, § 2º e § 4º, inciso IV, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Anna Rita Magalhães de Assis e Luzia Aparecida Barbosa Cunha (f. 446-447).

Pelos motivos acima explicitados fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular, às f. 446, ficando a pena fixada em 2 anos e 10 meses de reclusão 26 dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento de pena, mas pelo privilégio (causa de diminuição de pena), reduzo a pena em 1/3 (f. 447), ficando a mesma em 1 ano, 10 meses e 20 dias de reclusão 17 dias-multa.

Art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Vítimas: Caroline Larissa Preisner da Silva, Silvana Alves da Fonseca, Paulo José Belafonte e Sandra Aparecida Gontijo.

Pela premeditação e motivo, conforme acima explicitado, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular (f.447), ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e de diminuição (f. 448) ficando a mesma em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa.

Art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal

Delito tendo como vítima: Rosilene Soares de Oliveira

Pelos motivos acima explicitados fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular, às f.448, ficando a pena fixada em 2 anos e 10 meses de reclusão 26 dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento e diminuição de pena (f.448), ficando a mesma em 2 anos e 10 meses de reclusão e 26 dias-multa.

Do crime continuado

Aplica-se o percentual de 2/3, como fez o julgador singular (f. 449), à pena do delito mais grave, qual seja, 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa, ficando a mesma definitivamente fixada em 5 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão e 55 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Nos termos do artigo 33, do Código Penal o regime prisional é o semiaberto.

Inaplicável os artigos 44 e 77, do Código Penal, pois não preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Geani (f. 449)

Art. 155, § 2º e § 4º, inciso IV, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Vítimas: Ivam Oliveira Nascimento, Zildinete Freitas Padilha, Maria Luiza Barros, Joseval dos Santos, Maria dos Anjos Bispo dos Santos, Inácio Jesus Dias, Valdeni dos Santos, Socorra Rodrigues Ferreira Schwab, Lucimar da Silva, Maria Eunice de Moura Gonçalves, Edna Ferreira Farias, Maria Cristina Teodoro Ferreira, Katiane Silva Feitosa, Indira Neuzanir Colossi, Maristela Carolina Santana, e Lediane Oliveira Duarte

O julgador singular fixou a pena-base no mínimo legal (f. 450).

Do depoimento de Geani, na fase judicial (f. 391-392) extrai-se que os delitos foram, todos, praticados de forma premeditada e por futilidade.

Geani veio do Piauí para viver com o corréu John Lennon, sendo dona de casa.

Como a renda era pouca passou, junto a praticar furtos durante o dia, com o *modus operandi* desenvolvido para tal, de forma premeditada.

Referidos furtos não foram praticados por ambição ou lucro fácil, mas por pura futilidade em ter roupas e objetos que não podia adquirir de forma lícita.

Outrossim, o delito foi cometido em concurso de agentes, o que torna o vetor da circunstância em que o delito foi cometido negativo

Desta forma, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular (f. 450), ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e pelo furto privilegiado (causa de diminuição), reduzo a pena em 1/3 (f. 450), como fez o julgador singular para os demais delitos, ficando a pena definitivamente fixada em mesma em 2 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e 22 dias-multa.

Art. 155, § 2º e § 4º, inciso IV, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Anna Rita Magalhães de Assis e Luzia Aparecida Barbosa Cunha (Belíssima) (f. 451)

Pelos motivos acima explicitados fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular, às f. 451, ficando a pena fixada em 2 anos e 10 meses de reclusão 26 dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento de pena, mas pelo privilégio (causa de diminuição de pena), reduzo a pena em 1/3 (f. 451), ficando a mesma em 1 anos, 10 meses e 17 de reclusão e 26 dias-multa.

Art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal

Delito tendo como vítimas: Vítimas: Caroline Larissa Preisner da Silva, Silvana Alves da Fonseca, Paulo José Belafonte e Sandra Aparecida Gontijo (f.452)

Pela premeditação e pelo motivo, conforme acima explicitado, fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa, razão pela qual reduzo a pena em 1/6, como fez o julgador singular (f.452), ficando a pena fixada em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão 33 dias-multa. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e de diminuição de pena (f.452) , ficando a mesma em 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão 33 dias-multa.

Delito tendo como vítima: Rosilene Soares de Oliveira (f.453)

Pelos motivos acima explicitados fixo a pena-base em 4 anos e 3 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, presente as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular, às f.453, ficando a pena fixada em 2 anos e 10 meses de reclusão 26 dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento e diminuição de pena (f.453), ficando a mesma em 2 anos e 10 meses de reclusão e 26 dias-multa.

Do crime continuado

Aplica-se o percentual de 2/3 (f.453) à pena do delito mais grave, qual seja, 3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão 33 dias-multa. , ficando a mesma definitivamente fixada em 5 anos , 10 meses e 25 dias de reclusão e 55 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Nos termos do artigo 33, do Código Penal o regime prisional é o semiaberto.

Inaplicável os artigos 44 e 77, do Código Penal, pois não preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao apelo do Ministério Público Estadual para:

A) Condenar Jhon Lennon de Sá pela prática do delito descrito no artigo 155,§4º, incisos II e IV do Código Penal, tendo como vítimas Cláudio Rogério Coutinho (Loja Tigre), Valdeci Ferreira da Silva (Loja Pitanga), Raquel Carvalho da Silva (Magazine do Povo), Maria Vieira Lopes (Loja Primavera), Alessandra Ferreira Alves (Bazar Mylenna), Evandro Sávio Peixoto Barbosa (Farmácia Futura), Claudiana Borges de Souza (Drogaria dos Amigos), Cláudia Regina de Melo Toledo (Tecidos e Confeccções Sonora), e Vera Lúcia Dias dos Santos (Audácia) e, em relação aos demais delitos, exasperar a pena-base.

Em consequência, fica Jhon Lennon de Sá condenado pela prática de 32 delitos tipificados no artigo 155, § 4º, incisos II e IV do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 5 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 55 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

B) Condenar Geani Josefa de Sá pela prática do delito descrito no artigo 155,§4º, incisos II e IV do Código Penal, tendo como vítimas Cláudio Rogério Coutinho (Loja Tigre), Valdeci Ferreira da Silva (Loja Pitanga), Raquel Carvalho da Silva (Magazine do Povo), Maria Vieira Lopes (Loja Primavera), Alessandra Ferreira Alves (Bazar Mylenna), Evandro Sávio Peixoto Barbosa (Farmácia Futura), Claudiana Borges de Souza (Drogaria dos Amigos), Cláudia Regina de Melo Toledo (Tecidos e Confeccções Sonora), e Vera Lúcia Dias dos Santos (Audácia) e, em relação aos demais delitos, exasperar a pena-base.

Em consequência, fica Geani Josefa de Sá condenada pela prática de 32 delitos tipificados no artigo 155, § 4º, incisos II e IV do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 5 anos, 10 meses e 25 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 55 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Eventual prescrição somente será reconhecida após o trânsito em julgado para a acusação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 08 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0011217-05.2015.8.12.0002 - Dourados
Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ECA – ATO INFRACIONAL – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA APLICADA – POSSIBILIDADE – LIBERDADE ASSISTIDA – PROVIMENTO.

Deve ser concedida a modificação de medida socioeducativa de internação para uma mais branda, qual seja, semiliberdade, quando o ato infracional não foi cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, não há reiteração de condutas graves, nem descumprimento reiterado e injustificado de medida socioeducativa anteriormente imposta.

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.

Campo Grande, 8 de novembro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por Matheus Felipe Valentim da Conceição, objetivando reforma da sentença de f. 158-164, que julgou procedente a representação que lhe imputou a prática do ato infracional análogo a crime de tráfico de drogas, aplicando-lhe medida socioeducativa de internação.

Em suas razões recursais às f. 169-177, pleiteia a fixação de medida socioeducativa, diversa da internação.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões às f. 181-196, pugna pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às f. 209-212, manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Matheus Felipe Valentim da Conceição, objetivando reforma da sentença de f. 158-164, que julgou procedente a representação que lhe imputou a prática do ato infracional análogo a crime de tráfico de drogas, aplicando-lhe medida socioeducativa de internação.

Pleiteia, em síntese, a fixação de medida socioeducativa diversa da internação.

O pleito de aplicação de medida socioeducativa mais branda comporta provimento, pois o ECA autoriza a aplicação de medida extrema de internação, somente quando presente uma das hipóteses do artigo 122.

Munir Cury ensina que:

> *"Sem dúvida alguma, o aspecto mais importante do art. 122 se encontra no § 2º, que, literalmente, 'inverte o ônus da prova', obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação. A expressão 'em hipótese alguma' deve ser entendida no sentido de que, mesmo nas hipóteses dos incs. I e II do art. 122, a privação da liberdade deve ser evitada, existindo, antes dela, outras medidas de caráter mais adequado".*[1]

Assim, na disposição do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> *Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:*
>
> *I- tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;*
>
> *II- por reiteração no cometimento de outras infrações graves;*
>
> *III- por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.*
>
> *§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inc. III deste artigo não poderá ser superior a três meses.*
>
> *§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.*

A certidão de antecedentes criminais às f. 94-95, demonstra que o apelante possui uma única ocorrência na Comarca de Cuiabá-MT, um ato infracional por roubo, porém sem decisão transitada em julgado, portanto, incabível a informação de que o adolescente possui reiteração em atos infracionais.

Nesse contexto, ressai claro que não se enquadra em nenhuma das hipóteses acima previstas no ECA e a suposta gravidade do ato infracional tratado nos autos não enseja, por si só, a constrição, porquanto não foi praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

Em consonância, a Súmula n.º 492, do Superior Tribunal de Justiça traz a previsão de que "*o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*", o que é corolário lógico da interpretação do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Sendo assim, não se subsumindo a conduta do adolescente às hipóteses restritivas do art. 122 do ECA, merece acolhimento o recurso.

Frise-se que a da Lei 8.069/900 não tem finalidade repressiva, mas sim educativa, com caráter pedagógico, no sentido de ressocializar o adolescente ao meio social e família.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso defensivo, a fim de modificar a decisão do magistrado *a quo*, para que seja imposta a medida socioeducativa de liberdade assistida por seis meses ao apelante.

Comunique-se de imediato ao juízo da instância singela.

1 CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** São Paulo. Editora: Malheiros, 2008, p. 453

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 08 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1410064-21.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO – RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO DIREITO DA EMPRESA – DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A CONDUTA DA PESSOA FÍSICA NO COMETIMENTO DO DELITO – INÉPCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

Se a denúncia não descreve a conduta ou participação do paciente no cometimento do delito, esta é inepta por violação ao art. 41 do CPP, pois não descreve o fato com todos os seus elementos e circunstâncias.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE n. 548.181, da 1ª Turma do Supremo Tribunal, em crimes ambientais, refutou a tese da dupla imputação e admitiu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização de pessoa física pelo mesmo crime.

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, conceder em parte a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Theodomiro Dias Neto, Philippe Alves do Nascimento e Elaine Angel, com pleito liminar, em favor de Pedro Jorge Filho, apontando como autoridade coatora Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Afirmam os impetrantes, em suma, que o paciente foi denunciado por ter praticado, em tese, crime ambiental por transportar *"produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos"*.

Aduzem que, após recebimento da denúncia e citação do paciente, este e sua empresa apresentaram resposta à acusação no prazo legal, tendo a autoridade coatora determinado o prosseguimento do feito, com designação de audiência para o dia 03.10.2016 sem analisar as teses defensivas de inépcia da denúncia e ausência de justa causa, o que constitui constrangimento ilegal por violação ao artigo 93, IX da Constituição Federal.

Asseveram que a denúncia é inepta, pois não descreve "*qualquer conduta real e concreta supostamente praticada pelo paciente e pela Companhia Utragaz S/A*", nem tampouco do fato delituoso, tratando-se de responsabilidade penal objetiva, pois não há sequer indício mínimo de nexo causal entre a pessoa do paciente e o fato delituoso, em tese.

Liminar indeferida às f. 164-165.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 171-179, pela concessão da ordem.

VOTO 27/09/2016

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Theodomiro Dias Neto, Philippe Alves do Nascimento e Elaine Angel, com pleito liminar, em favor de Pedro Jorge Filho, apontando como autoridade coatora Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Afirmam os impetrantes, em suma, que o paciente foi denunciado por ter praticado, em tese, crime ambiental por transportar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos.

Aduzem que, após recebimento da denúncia e citação do paciente, este e sua empresa apresentaram resposta à acusação no prazo legal, tendo a autoridade coatora determinado o prosseguimento do feito, com designação de audiência para o dia 03.10.2016 sem analisar as teses defensivas de inépcia da denúncia e ausência de justa causa, o que constitui constrangimento ilegal por violação ao artigo 93, IX da Constituição Federal.

Asseveram que a denúncia é inepta, pois não descreve "*qualquer conduta real e concreta supostamente praticada pelo paciente e pela Companhia Utragaz S/A*", nem tampouco o fato delituoso, tratando-se de responsabilidade penal objetiva, pois não há sequer indício mínimo de nexo causal entre a pessoa do paciente e o fato delituoso, em tese.

Ao final requerem a concessão da ordem, para trancar a ação penal 0000391-62.2012.8.12.0021 movida em desfavor do paciente, com extensão dos efeitos a pessoa jurídica Companhia Ultragaz S/A.

Pois bem. Segundo a pacífica e iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de justiça, "*a extinção de ação penal de forma prematura somente se dá em hipóteses excepcionais, quando (a) o fato narrado não configurar crime em tese; (b) ausentes indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) por qualquer causa, a punibilidade estiver extinta*". (STF: HC no 115.701/pe, HC no 112.957/sp; STJ: RHC no 36.706/sp, RHC no 28.827/MT) (TRF 5ª R.; HC 0000192-63.2014.4.05.0000; PE; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Fernando Braga; DEJF 10/02/2014; Pág. 88)

Quanto a tese de nulidade do processo por ausência de fundamentação na decisão que analisou a resposta à acusação e a alegada ausência de elementos mínimo à persecução penal, sem razão os impetrantes.

Observa-se da decisão de f. 134-136, que o magistrado *a quo*, ainda que de forma concisa, expôs de forma fundamentada o não acatamento às teses defensivas, por entender que a peça acusatória, ao contrário do alegado, trazia os elementos indispensáveis para o recebimento da denúncia, com lastro probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, nos termos do que preceitua o art. 41 do CPP.

Alias o STJ já decidiu sobre a questão nos seguintes termos:

> *"Esta corte superior de justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes. 4. Tendo o togado singular, no caso em apreço, afastado a possibilidade de absolvição sumária do acusado e exposto suas razões de decidir que, inclusive, permitiram o controle pelo tribunal de origem, afasta-se a eiva articulada na irresignação. 5. Recurso desprovido."* (STJ; RHC 67.473; Proc. 2016/0021941-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 25/05/2016)

Nesse sentido:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO MANDAMUS ORIGINÁRIO. DECISÃO MOTIVADA. EIVA INEXISTENTE. 1. No caso dos autos, o julgado questionado atende ao comando constitucional, pois apresentou motivação idônea para demonstrar a impossibilidade de anulação dos pronunciamentos judiciais impugnados pela defesa, não havendo que se falar em falta de fundamentação. 2. O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas. Precedentes. Falta de fundamentação da decisão que deu prosseguimento à ação penal, afastando as hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do código de processo penal. Desnecessidade de motivação extensa. Possibilidade de manifestação judicial sucinta. Nulidade não configurada. 1. Após a reforma legislativa operada pela Lei nº 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do código de processo penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 do aludido diploma legal. 2. A alteração criou para o magistrado a possibilidade, em observância ao princípio da duração razoável do processo e do devido processo legal, de absolver sumariamente o acusado ao vislumbrar hipótese de evidente atipicidade da conduta, a ocorrência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade, ou ainda a extinção da punibilidade, situação em que deverá, por imposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivadamente fazê-lo, como assim deve ser feito, em regra, em todas as suas decisões. 3. Esta corte superior de justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes. 4. Tendo o togado singular, no caso em apreço, afastado a possibilidade de absolvição sumária do acusado e exposto suas razões de decidir que, inclusive, permitiram o controle pelo tribunal de origem, afasta-se a eiva articulada na irresignação. 5. Recurso desprovido."* (STJ; RHC 65.879; Proc. 2015/0296416-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 13/04/2016)

> *"HABEAS CORPUS. INICIAL. INÉPCIA. IMPROCEDÊNCIA. DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 14 STF. OFENSA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Improcede a alegação de inépcia se a denúncia está vazada segundo o art. 41 do CPP. 2. O recebimento da inicial dispensa motivação extensa. 3. Não há nulidade se as teses defensivas são analisadas de forma fundamentada. 4. Estando à disposição da parte resultado da quebra de sigilo bancário, superado eventual violação à Súmula vinculante 14 do STF. Ordem denegada."* (TJGO; HC 0127973-53.2016.8.09.0000; Goiânia; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Ivo Favaro; DJGO 21/06/2016; Pág. 327)

Por conseguinte, não há se falar em ausência de fundamentação na decisão que não acatou as teses expostas na resposta à acusação.

Quanto a alegação de ausência de justa causa para a persecução penal com relação à empresa Ultragaz, não merece guarida, pois a denúncia descreve o fato delituoso e os indícios de autoria e materialidade, assegurando-se o exercício da ampla defesa a ré, tendo a exordial acusatória narrado perfeitamente o suposto ilícito penal, que seria o transporte de substância tóxica (gás) de sem a devida licença ambiental de operação

Porém, quanto ao paciente, com razão os impetrantes, pois observa-se que a denúncia não descreve qual seria a sua conduta no ilícito ou se esta teria influenciado diretamente no cometimento do ilícito, o que enseja cerceamento de defesa e responsabilização penal objetiva.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça, em crimes ambientais, a princípio, adotou a teoria da dupla imputação, ao argumento de que a responsabilização penal da pessoa jurídica não poderia prescindir da imputação concomitante da pessoa física que agia em nome da respectiva pessoa jurídica (ou em seu benefício), posto que somente à pessoa física poderia ser atribuído o elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo).

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE n. 548.181 da 1ª Turma do Supremo Tribunal, refutou a tese da dupla imputação e admitiu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais independentemente da responsabilização de pessoa física pelo mesmo crime, estando o acórdão assim ementado:

> *EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.* (RE 548181, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, Acórdão Eletrônico DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014)

Nesse diapasão, como a peça acusatória não descreve a conduta ou participação do paciente no delito, mostra-se a mesma inepta por violação ao art. 41 do CPP.

Ante o exposto, com o parecer, concedo em parte a ordem para trancar a ação penal n. 0000391-62.2012.8.12.0021, quanto ao paciente Pedro Jorge Filho.

O Sr Des. Romero Osme Dias Lopes. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º Vogal)

Acompanho o e. Relator para conceder a ordem a fim de trancar a ação penal movida em face do paciente Pedro Jorge Filho.

Considerando, no entanto, que o polo passivo da ação penal originária será composto por pessoa jurídica, uma ressalva é necessária.

Sobre o tema, tenho entendimento formado no sentido de que o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A mencionada regra constitucional, ao afirmar que *"as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativa"*, não autoriza tal exegese, pois reservaria às pessoas jurídicas as sanções administrativas. Ainda, o art. 5º, XLV, da CF, que consagra o princípio da pessoalidade da pena, veda qualquer interpretação a implicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica por conta de atos praticados pelas pessoas físicas que atrás delas se encontram. Afora isso, é preciso lembrar que a pena tem por objetivo central a ressocialização, o que torna impossível o seu alcance em relação às pessoas jurídicas.

Porém, tendo em conta o entendimento majoritário em sentido contrário oriundo do STF e STJ (RE 548.818 AgR/PR, HC 248.073/MT, RHC 40.317/SP, HC 187.842/RS, dentre outros), minhas considerações acerca do tema ficam registradas neste voto a título de ressalva.

Com tais observações, acompanho o e. Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam em parte a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000807-73.2007.8.12.0031 - Caarapó
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – DA PRELIMINAR MINISTERIAL APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO – AFASTADA – APELANTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER.

Descabe a alegação de inconstitucionalidade da norma que concede prazo em dobro para recorrer à Defensoria Pública Estadual, pela garantia de ampla defesa e para a facilitação de acesso à Justiça, devendo ser considerado o recurso interposto dentro do prazo legal.

EMENTA – DO RECURSO DEFENSIVO APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – VIABILIDADE – RÉU ADMITIU A CONDUTA DELITIVA EM PLENÁRIO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 545 DO STJ – PEDIDO PARA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA EM GRAU MÁXIMO – PATAMAR DE 1/2 MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A confissão do réu realizada no interrogatório em plenário, deve ser considerada como "debatida em plenário" e, ainda que tenha sido parcial, é circunstância que atenua a pena, pois o art. 65, III, "d", do CP não faz ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou (Súmula 545 do STJ).

Pela extensão do *iter criminis* percorrido, é razoável a redução da pena em 1/2 (metade) pois o agente, conquanto não tenha atingido o resultado morte, esgotou os atos executórios do crime de homicídio efetuando cinco disparos de arma de fogo contra a vítima.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Sérgio Ramirez Valdez interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo com a sentença que, atendendo à decisão do Conselho de Sentença, o condenou à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 121, *caput* c/c art. 14, II, do CP.

O apelante, em suas razões recursais, argumenta que confessou espontaneamente sua conduta delitiva, mas o sentenciante deixou de considerar a atenuante do art. 65, III, 'd' do CP, quando aplicou a pena.

Afirmou que cessou os atos na execução *"longe de chega à consumação, visto que os disparos não atingiram nenhum órgão vital da vítima, havendo apenas lesão corporal"*, assim, o que autorizaria a incidência da causa de diminuição pela tentativa no patamar máximo.

Assim, requer o reconhecimento da atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição da tentativa no patamar máximo (f. 269/277).

O Ministério Público, em contrarrazões de f. 279/289, arguiu a preliminar da intempestividade recursal pelo fato do recurso ter sido interposto 12 dias após a prolação da sentença. No mérito, apregoa que a confissão do réu seria qualificada portanto não teria o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do CP e que ao desferir cinco tiros contra a vítima o réu teria chegado muito perto da consumação do delito autorizando a redução da pena pela tentativa no mínimo legal, assim, pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 298/303, opina pelo conhecimento e improvimento da apelação, ponderando que o apelante "*confessou a autoria do fato, mas negou parte da imputação, invocando excludente da ilicitude ou culpabilidade*", o que inviabilizaria o reconhecimento da atenuante da confissão. Sustenta também que o patamar da tentativa estaria corretamente fixado, pois o crime teria ficado muito próximo da consumação.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Sérgio Ramirez Valdez manifestando seu inconformismo com a sentença que, atendendo à decisão do Conselho de Sentença, o condenou pela prática do crime previsto no art. 121, *caput* c/c art. 14, II, do CP.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no dia 28 de janeiro de 2007, por volta das 22h40 min, no "Bar da Dita", localizado na Rua da Saudade, Jardim Capilé, nesta cidade, o denunciado acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com animus necandi, de posse de uma arma de fogo, desferiu diversos tiros contra a vítima Sérgio Ferreira da Silva, provoando-lhe as referidas descritas às fls. 121-122.*
>
> *Segundo se apurou, nos dias dos fatos, a vítima e o denunciado estavam no estabelecimento denominado "Bar da Dita", no qual estava acontecendo um torneio de sinuca, momento em que a vítima teve um desentendimento com a pessoa de "Nilsão", retirando-se do local e voltando posteriormente para buscar o seu som que ali havia ficado.*

> *Consta que, após a vítima retornar ao bar, a mesma dirigiu-se até a pessoa de "Nilsão" e disse: "O Nilsão vamos para com isso... Nós somos amigos" (sic), momento em que o denunciado, que se encontrava no local, sacou a arma e desfechou cinco tiros em direção da vítima, vindo a atingi-la na perna direita, conforme descrito às fls. 121/122.*
>
> *O delito de homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, eis que, por erro de pontaria os disparos não atingiram nenhum órgão vital da vítima.*
>
> *(...) Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Sérgio Ramirez Valdez, como incurso nas penas do artigo 121, caput, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal."*

Findo o Sumário da Culpa *(Judicium accusatione*), o apelante foi pronunciado nos termos da denúncia (f. 202/2009). Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sobreveio sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal impondo a pena de de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 121, *caput* c/c art. 14, II, do CP.

Irresignado, o apelante interpôs recurso de apelação pugnando pelo reconhecimento da atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição da tentativa no patamar máximo (f. 269/277).

Da preliminar ministerial

Intempestividade recursal.

O Ministério Público arguiu a preliminar de não conhecimento do recurso interposto por Sérgio argumentando ser ele intempestivo.

A preliminar não deve ser acolhida.

Em se tratando de recorrente com defesa patrocinada pela Defensoria Pública, a lei estabelece a prerrogativa do prazo ser contado em dobro, pois o art. 5º, § 5º, Lei nº 1.060/50, disciplina que entre as prerrogativas dos Defensores Públicos, está a de *"receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se em dobro todos os prazos"*, então, o prazo recursal fica atingido por tal benesse.

A Defensoria Pública foi intimada da sentença em plenário na data de 09/09/2015 (cf. f. 252/253), começando a correr o prazo legal de 10 (dez) dias em 10/09/2015 e encerando-se em 19/09/2015.

O termo final (19/09/2015) recaiu em um sábado, razão pela qual o prazo ficou postergado para o primeiro dia útil subsequente, isto é, a segunda-feira dia 21/09/2015.

Das propriedades do documento de f. 265 é possível constatar que o recurso de apelação foi protocolado dia 21/09/2015, às 18 horas e 29 minutos, portanto, não há falar em intempestividade.

O apelo é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, logo, deve ser conhecido.

Do recurso defensivo.

Da atenuante da confissão.

O apelante não questiona a autoria ou a materialidade delitiva, insurge apenas contra o *quantum* da pena.

Na sentença não foi reconhecida a atenuante descrita no art. 65, III, "d", do CP, entretanto, entendo ser o caso de aplicá-la.

A Lei 11.689/2008 (que alterou a redação do art. 492 do CPP) conferiu ao juiz presidente do Tribunal do Júri a atribuição de aplicar as atenuantes e agravantes, para tanto, exige que estas tenham sido alegadas e debatidas em plenário, nos termos da regra do artigo 492, I, b, do CPP, que estabelece:

> *"Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:*
>
> *I - no caso de condenação:*
>
> *a) fixará a pena-base;*
>
> *b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;"*

Observa-se que realmente existe uma antinomia entre o art. 492 do CPP e o art. 65 do CP, vez que o primeiro determina que no procedimento do Tribunal do Júri as atenuantes, para que sejam conhecidas, precisam ser alegadas em debate, enquanto o segundo estabelece que as atenuantes sempre serão consideradas para fins de redução da pena.

O aparente conflito existente entre os textos legais pode ser solucionado com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, explico:

No caso, da leitura da ata da julgamento de f. 246/249 constata-se que não há registro de "debates" entre a acusação e defesa sobre a atenuante da confissão espontânea, entretanto, ficou claro que o apelante Sérgio Ramirez Valedez, quando interrogado em plenário, confessou o crime a ele imputado, ainda que tenha agregado à sua fala teses defensivas na tentativa de eximir-se da responsabilidade.

O apelante, ao ser interrogado pela juíza-presidente do júri, afirmou que no dia dos fatos houve uma discussão entre a vítima e um terceiro, sendo que a vítima veio em sua direção e acreditando que ela estivesse armada, desferiu os tiros contra o Sr. Sérgio Ferreira. Relatou que estava embriagado e que sabia que os disparos poderiam matar a vítima, conforme verifica-se do áudio a sessão de julgamento de f. 246/249.

Então, a confissão do réu foi feita na frente do Conselho de Sentença e, ainda que não tenha ocorrido o "debate propriamente dito" entre o Ministério Público e a Defesa sobre o tema "atenuante da confissão", inquestionável que a confissão foi apresentada durante os trabalhos da 9ª Sessão da 6ª Reunião periódica do 2º Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande-MS, logo, não há como ignorá-la.

O autor Renato Brasileiro de Lima é bastante preciso ao analisar a questão, pontuando que:

> *"(...) A Lei nº 11.689/2008 alterou a sistemática anteriormente em vigo, já que os jurados não são mais indagados sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes, cabendo a decisão sobre a sua incidência (ou não) ao juiz-presidente no momento da fixação da pena. De fato, de acordo com o art. 492, inc I, alínea "b", do CPP, caberá ao juiz-presidente, no caso de condenação considerar as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates.*
>
> *(...) Evidentemente,* ***por ocasião da análise das agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, deve o juiz presidente levar em consideração tanto a tese apresentada pela defesa técnica, quanto aquela apresentada pelo próprio acusado, no exercício de sua autodefesa.*** *Assim, se o acusado, por ocasião de seu interrogatório, disser que era menor de 21 (vinte e um) anos à época do fato delituoso, significa dizer que a atenuante do art. 65, inciso I, do CP, foi alegada no debate, razão pela qual pode ser reconhecida pelo juiz em eventual sentença condenatória.*

> ***Na mesma linha, se o acusado confessar espontaneamente o fato delituoso durante o interrogatório, mesmo que o reconhecimento da circunstância atenuante do art. 65, III, "d", do CP, não tenha sido pleiteado pelo advogado de defesa em sua sustentação oral, é plenamente possível que o juiz presidente a considere por ocasião da fixação da pena, considerando, afinal, que a ampla defesa a que se refere a Constituição abrange tanto a defesa técnica quanto a autodefesa, tanto o defensor quanto o acusado têm legitimidade para pleitear o reconhecimento de circunstâncias atenuantes."*** (Renato Brasileiro de Lima. Manual de Processo Penal, Vol II. Rio de Janeiro: Ed.Impetus, 2012, p. 509/511) – grifei.

Assim, pode ser considerada como "alegadas nos debates" ou "debatidas em plenário" tanto a defesa técnica quanto a autodefesa realizada pelo acusado no momento do interrogatório, de forma que ambas são legítimas para efeito do reconhecimento de atenuantes e agravantes.

O Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal decidiram que a confissão realizada no interrogatório judicial deve ser considerada como "debatida em plenário" ou "alegada nos debates". Vejamos:

> *"CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO DEBATIDA NO PLENÁRIO. AUTODEFESA. PLENITUDE DE DEFESA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. NATUREZA OBJETIVA DA ATENUANTE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO RÉU. PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE RESGUARDADOS. HARMONIZAÇÃO DO ART. 492, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AOS ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 5º, XXXVIII, "A", e XLVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Pode o Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer a atenuante genérica atinente à confissão espontânea, ainda que não tenha sido debatida no plenário, quer em razão da sua natureza objetiva, quer em homenagem ao predicado da amplitude de defesa, consagrado no art. 5º, XXXVIII, "a", da Constituição da República. 2. É direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime. 3. A regra contida no art. 492, I, do Código de Processo Penal, deve ser interpretada em harmonia aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade. 4. Conceder a ordem."* (STF. HC 106.376. Rel. Min. Carmen Lúcia. Primeira Turma. Julgado em 01/03/2011).

> *"RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO TENTADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. DEFESA TÉCNICA. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. DEBATE EM PLENÁRIO. CONSIDERAÇÃO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Esta Corte possui o entendimento de que a Lei 11.689/2008, alterando a redação do art. 492 do CPP, conferiu ao juiz presidente do Tribunal do Júri a atribuição de aplicar as atenuantes e agravantes alegadas nos debates. 3. O juiz presidente deve considerar como "alegada nos debates" ou "debatidas em Plenário" tanto a defesa técnica quanto a autodefesa realizada pelo acusado no momento do interrogatório, de forma que ambas são legítimas para ensejar o reconhecimento de atenuantes e agravantes. 4. A atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, deve ser aplicada em favor do condenado ainda que a sua confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante delito. 5. Habeas corpus não conhecido ante a inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Execução aplique a atenuante da confissão."* (STJ. HC 161.602 - PB . Rel. Min. Gurgel de Faria. Quinta Turma. Julgado em 18/11/2014).

No caso, o apelante, em plenário, assumiu ter cometido o crime pelo qual foi denunciado, muito embora tenha tentado justificar sua conduta alegado que efetuou os disparos por acreditar que a vítima estivesse armada.

Desta forma, houve a chamada confissão qualificada.

Sobre a atenuante da confissão espontânea, Guilherme de Souza Nucci pondera que:

> *"(...) confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a pratica de algum fato criminoso (...)"* (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado, 11º edição. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 468/469)

O entendimento sedimentado pelos Tribunais Superiores é de que a confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, pois o art. 65, III, "d", do CP, não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou, este inclusive é o teor da recente Súmula 545 do STJ, que estabelece:

> *"Súmula 545. Quando a confissão for utilizada para formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".*

Entendo que, por regra, o acusado que confessa a autoria delitiva, independentemente da admissão do dolo ou das circunstancias descritas na denúncia ou da forma como se pronunciou, deve ser beneficiado com a atenuante da confissão, desde que o que ele relatou tenha servido como fundamento da sentença condenatória.

No caso houve a chamada confissão qualificada na qual o agente agrega à confissão teses defensivas, todavia, nos Tribunais Superiores tem prevalecido a orientação de que a atenuante da confissão deve ser aplicada ainda que se trata de confissão qualificada, especialmente se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação.

Em casos análogos, manifestaram-se o STF e o STJ:

> *"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE GENÉRICA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. USO DA CONFISSÃO PARA REFORÇAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. DIREITO À REDUÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A criação de injustificados embaraços para sonegar do acusado a sanção premial da atenuante é, de certa forma, assumir perante ele reação de deslealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). Isso, é claro, naquelas situações em que as declarações prestadas perante a autoridade policial ou perante o magistrado de primeiro grau embasam a condenação (em conjunto com as provas produzidas sob o contraditório). 2. No caso, tanto a sentença quanto o acórdão confirmatório da condenação se apoiaram nas declarações do paciente para assentar a sua responsabilidade criminal. Sem que se promovesse a devida redução da pena pela atenuante da confissão. 3. Ordem concedida."* (STF. HC 109.928. Rel. Min Ayres Britto. Segunda Turma. Julgado em 04/10/2011)

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO TOTAL. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE MULTIREINCIDENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS*

CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. Consoante recente alteração jurisprudencial desta Corte, a confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. In casu, o Paciente confessou a prática do crime de tráfico de drogas e a confissão foi um dos fundamentos para a condenação, logo, ainda que tenha alegado exculpante (coação moral), impõe-se a aplicação da atenuante. 4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias. 5. Tratando-se, no entanto, de Paciente que possui dupla reincidência, não é possível promover a compensação total entre a confissão e a reincidência, pois se mostra circunstância mais reprovável do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Precedente. 6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena do Paciente, nos termos explicitados no voto." (STJ. HC 291894 SP 2014/0073519-4. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 07/08/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONFISSÃO. ADMISSÃO DOS FATOS. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CABIMENTO. 1. Admitida a prática delituosa pelo acusado e utilizada para embasar a condenação, não exclui a aplicação da atenuante da confissão espontânea a circunstância de a confissão vir acompanhada da alegação de ter agido amparado por excludente de culpabilidade, no caso, a coação moral irresistível. 2. Nos termos do entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção, é cabível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 3. Agravo regimental improvido." (STJ. AgRg no REsp 1376126/PR. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 04/02/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Recente jurisprudência desta Corte passou a adotar o posicionamento no sentido de que, mesmo ficando configurada a confissão na modalidade qualificada, é cabível o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. 2. Agravo regimental não provido." (STJ. AgRg no REsp 1384067/SE. Rel. Min. Moura Ribeiro. Quinta Turma. Julgado em 06/02/2014)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 'CONFISSÃO QUALIFICADA' USADA PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. ADESÃO AO NOVO ENTENDIMENTO. AGRAVO PROVIDO.

1. Embora não se desconheça o entendimento até então manifestado por esta Corte Superior de Justiça em inúmeros julgados, no sentido de que 'A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal' (HC 211.667/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)*, após detido reexame do tema, conclui-se de modo diverso.*

2. Colhe-se dos autos que a agravante confessou a prática do crime 'ainda que evasiva de arrependimento e com possível intenção de eximir-se da culpa'. Nesse viés, verifica-se que a confissão serviu para a comprovação da autoria, bem como embasar o decreto condenatório. Em hipóteses tais, o reconhecimento da atenuante se impõe. Vale dizer, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.

3. Com efeito, tal entendimento deve se estender para as hipóteses da chamada 'confissão qualificada'. Em outras palavras, a invocação de teses defensivas excludentes ou descriminantes não pode obstar a incidência da atenuante da confissão quando ela é utilizada para embasar o próprio decreto condenatório.

4. A propósito: 'É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que a invocação de excludente de ilicitude não obsta a incidência da atenuante da confissão espontânea' (AgRg no AREsp 210.246/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 01/08/2013). *Documento: 36448033 - relatório, ementa e voto - Site certificado Página 7 de 10 Superior Tribunal de Justiça*

5. No mesmo sentido: 'A invocação de causa excludente de ilicitude não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea.' (AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 14/11/2012)

6. Agravo regimental provido para negar provimento ao Agravo de Instrumento do Ministério Público, mantendo a pena nos exatos termos como fixada pelo Tribunal de piso, ou seja, com a incidência da atenuante da confissão (art. 65, II, d, do Código Penal)." (STJ. AgRg no Ag 1410103. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 07/11/2013)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. INCIDÊNCIA MESMO SE CONFISSÃO PARCIAL. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

(...) 3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante." (STJ. HC 182276. Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 04/04/2013).

Do inteiro teor do interrogatório de Sérgio Ramirez, prestado em plenário, vê-se que ele não negou a autoria delitiva, confirmando que atirou na vítima Sérgio Ferreira, embora tenha alegado que agiu por acreditar que a vítima estivesse armada (termo audiovisual de f. 246/249).

Então, a confissão, ainda que seja feita de forma qualificada, não excluí a aplicação da atenuante do art. 65, III, "d", do CP.

A confissão judicial do apelado, ainda que tenha sido parcial, foi utilizada para embasar o édito condenatório, por isso o apelante faz jus à atenuante do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, sendo devida a redução da pena em 06 (seis) meses de reclusão para o crime de homicídio.

Tal patamar mostra-se bastante razoável, pois a fração da diminuição de pena deve ser compatível com o declarado pelo agente e, no caso em tela, analisando as declarações do apelante, evidencia-se que ele não nega o ataque ao bem jurídico vida humana.

Do patamar da tentativa.

Para efeitos de redução da pena diante do disposto no inciso II do artigo 14 do Código Penal deve ser levado em consideração o *iter criminis* percorrido pelo agente. Quanto mais perto tenha ele chegado da consumação, menor deverá ser a redução da pena.

Sobre o tema, o mestre Mirabete ensina que:

> *"Pela teoria objetiva adotada pelo Código, a tentativa é punida com uma pena menor do que o crime consumado, considerada a não-ocorrência do resultado lesivo. Assim, salvo disposição em contrário, a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída obrigatoriamente de um a dois terços. A redução da pena referente à tentativa deve resultar não das circunstâncias do crime, que são consideradas na fixação da pena-base, mas das circunstâncias da própria tentativa, ou seja, da extensão do iter criminis percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação do resultado; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução".* (Júlio Fabbrini Mirabete. Código Penal Interpretado. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 154)

Então, o *quantum* da causa de diminuição de pena descrita no art. 14, II, do CPB, deve ser maior, quando o agente não tenha se aproximado da consumação do delito e menor, na medida proporcional em que o agente chega mais próximo à consumação do ilícito penal, isto é, às raias da consumação.

Analisando cuidadosamente a dinâmica do fato evidencia-se que o apelante atirou cinco vezes contra a vítima Sérgio Ferreira, muito embora apenas um dos projéteis tenha atingido a vítima na perna direita, a lesão resultou em sua incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias, como atestado no laudo de exame de corpo de delito.

Na verdade o réu percorreu todo o *iter criminis* estando demonstrado o ataque ao bem jurídico vida humana. O crime esteve bem próximo de seu desfecho, vez que o apelante esgotou todos os atos de execução e a vítima somente não sofreu o resultado fatal almejado em razão do atendimento médico, logo, a redução da pena só pode ser na metade, como bem pontuou a Juíza Presidente, ao pontuar que (f. 251):

> *'(...) Há causa de diminuição de pena, qual seja que o crime foi praticado na forma tentada. Assim, diminuo a pena da metade, tendo em vista que foram efetuados vários disparos e que o laudo de fl. 145-6 apontou ter ocorrido lesão de natureza grave, por resultar incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias (uma lesão na perna). (...)".*

Não há assim motivos para aumentar a fração redutora em razão da tentativa, em vista do *inter criminis* percorrido pelo apelante, pois, conquanto não tenha atingido o resultado morte, esgotou os atos executórios do crime de homicídio, efetuando cinco disparos de arma de fogo contra a vítima, atingindo-lhe regiões vitais.

Assim, fica mantida a redução da pena pela tentativa no patamar de metade.

Da dosimetria.

Passo ao redimensionamento da pena privativa de liberdade imposta a apelante:

No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, fica a pena-base fixada nos exatos termos da sentença, isto é, em 07 (sete) anos de reclusão.

Na 2ª. fase, não foram reconhecidas agravantes, e, pelas razões acima expostas, incide a atenuante da confissão no patamar de 06 (seis) meses, ficando a pena intermediária fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na 3ª fase, ausentes causas de aumento a serem consideradas, mas presente a causa de diminuição do art. 14, II, do CP, que deve ser aplicada no patamar de 1/2, fixo a pena definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Quanto ao regime prisional, fica mantido o aberto, tal como consta da sentença.

Do prequestionamento

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão

Diante do exposto, afasto a preliminar arguida pelo Ministério Público e, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao apelo interposto pelo Sérgio Ramirez Valdez para aplicar a atenuante da confissão espontânea, fixando a pena carcerária definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Findo o julgamento, se vencedor este voto, oficie-se ao juízo da origem informando o conteúdo da decisão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, 13 de dezembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0005756-57.2012.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ATOS PRATICADOS PELO RECORRENTE QUE SE SUBSUMEM PERFEITAMENTE AO QUE DISPÕE O ART. 217-A DO CP – RECURSO IMPROVIDO – COM O PARECER.

Não há falar em falta de provas do crime de estupro de vulnerável se a palavra da vítima, em ambas as fases em que foi ouvida, é uniforme em relatar os abusos sofridos, e é corroborada pelos depoimentos testemunhais igualmente harmônicos e uníssonos entre si acerca dos fatos.

Não há falar em desistência voluntária se esta não ocorreu por parte do recorrente bem como já havia consumado o crime.

Não há falar em desclassificação se os atos praticados pelo apelante subsumem-se perfeitamente ao que dispõe o art. 217-A do CP, pois os atos consistiram em sexo oral na vítima, beijos lascivos, exibição do órgão sexual masculino, além de outros.

Recurso improvido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

V. da C. M. G. foi condenado a 08 anos de reclusão, no regime fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217- A do CP.

Inconformado, requer sua absolvição por falta de provas, e, alternativamente, a desclassificação para a contravenção penal de importunação prevista no art. 65 do Dec. Lei 3.688/1941 aplicando-se o benefício da desistência voluntária.

O *Parquet* contra-arrazoa, às f. 245-263, pela mantença da decisão.

O Parecer Ministerial opina, às f. 267-273, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

As teses defensivas lançadas envolvem a análise das provas de forma conjunta e assim será feito.

O apelante foi condenado porque na data dos fatos puxou a vítima H. J. N. C., de 09 anos de idade, pelo braço, e a levou a um quarto nos fundos da casa, e ali praticou sexo oral na mesma, beijou sua boca, mostrou-lhe o órgão sexual e pediu que a vítima lhe fizesse sexo oral.

Do pedido de absolvição

Em todas as oportunidades em que foi ouvida a vítima relatou os fatos sem que houvesse qualquer contradição ou alteração em seus relatos, para tanto, veja-se o depoimento na fase policial:

> *"(...) Que hoje, 27/05/2012, por volta das 15h30min saiu de casa em companhia de sua mãe, seu padrasto e de V. da C. M. G. para fazer um piquenique no CEPER, localizado no Parque dos Lagos, nesta cidade; Por volta das 17h30min a declarante foi até a casa onde V. mora, junto com o mesmo, que é amigo da família, para pegar sua bicicleta; Chegando lá, V. segurou a declarante pelo braço e levou até seu quarto localizado nos fundos da casa; Lá V. retirou o short da declarante e começou a beijar o declarante na boca e chupar sua vagina; A declarante pedia para ele parar mas V. não parava; Depois V. retirou seu pênis para fora e pediu para que a declarante o chupasse, mas ela se negou a fazê-lo; V. insistia em beijar a declarante na boca e chupar sua vagina; De tanto a declarante pedir para que V. parasse, ele acabou parando, então a declarante levantou o short, V. abriu a porta e ela saiu com sua bicicleta; V. saiu depois; Quando estavam saindo o padrasto da declarante já vinha chegando para buscá-la; A declarante foi para casa junto com o padrasto e V.; Que a declarante foi para a casa de uma amiga que é vizinha de sua casa e contou para ela o que havia acontecido e pediu para que a amiga chamasse sua mãe pois queria lhe contar o que havia acontecido; A mãe da declarante chegou, então a declarante contou que V. havia mexido com ela; A mãe a levou para o quarto para que a declarante explicasse melhor o que havia ocorrido, então a declarante contou tudo para sua mãe, esta por sua vez contou para o padrasto da declarante que perguntou a V. e este negou tudo, dizendo apenas que falou para a declarante que quando esta completasse dezoito anos queria namorar com ela; A mãe da declarante ameaçou chamar a polícia mas o próprio V. ligou para a polícia e o padrasto da declarante falou no celular para os policiais o que havia acontecido, então o policiais estiveram na casa da declarante e detiveram V., trazendo-o para esta delegacia (...)".*

Em juízo, às f.181-182, a vítima assim declarou:

> *"(...)confirma que realmente no dia dos fatos, após um piquenique, juntamente com a mãe, o V. e as amiguinhas E. e a M., a declarante resolveu buscar a sua bicicleta que havia deixado no dia anterior no imóvel onde o acusado se hospeda; que esclarece neste momento, que a bicicleta estava danificada no pneu e sem condições de uso e por esta razão, a mãe disse para deixar a bicicleta lá 'porque não tinha outro lugar para deixar'; que resolveu pegar a bicicleta de volta porque 'ia pedir para a mãe consertar a bicicleta'; que a casa de V. era a lado a de onde residia a declarante com sua mãe, razão pela qual a declarante foi sozinha com o V. para pegar a bicicleta; que a bicicleta estava nos fundos, próximo a um quarto que fica fora da residência; Que muito embora o V. ocupava o quarto de dentro, levou a declarante para esse quarto 'que fica fora, dizendo que ele ia pegar o casaco dele que estava dentro do quarto'; que em seguida, o V. 'me puxou para dentro do quarto e começou a mexer comigo'; que o acusado abaixou o short da declarante e começou 'a mexer lá (órgão genital) com a boca'; que a declarante pediu para que*

'ele parasse com isso, mas ele não parou, continuando a mexer lá'; que em seguida ele começou a beijar na minha boca e no pescoço'; que em seguida , 'ele mostrou o pinto dele, pedindo para que eu chupasse lá (pênis)'; que todavia, a declarante se recusou para tanto; que o acusado não insistiu mais, limitando-se a abrir a porta do quarto dizendo 'vamos logo antes que sua mãe volte'; que ato contínuo, o padrasto da declarante veio ao seu encontro porque 'eu estava demorando para voltar'; que nesse momento, o acusado disse ao padrasto da declarante que 'estava procurando o casaco dele'; que no trajeto de retorno, o padrasto da declarante 'ia na frente, enquanto que o acusado vinha atrás carregando a bicicleta que tinha escapado a corrente'; que nesse momento, sem que o padrasto ouvisse, o acusado disse a declarante 'que não era pra contar para ninguém o que ele fez'; que o acusado não fez nenhuma ameaça à declarante, 'mas mesmo assim, eu senti medo'; que foi esse o motivo que ontem, ao ser trazida a esta audiência pelo seu pai (consangüíneo), a declarante pensou em retratar essa verdadeira versão, porque anda 'tem medo do V. porque os parentes dele moram aqui e ele pode vir algum dia (...)".

As demais testemunhas ouvidas também confirmam os relatos da vítima, acrescentando que a menina estava muito assustada durante a abordagem e, tão logo os fatos ocorreram, procurou sua genitora para informar sobre a situação.

Vejamos o depoimento de L. N. N., genitora da vítima a f. 08-09:

"(...) o atual marido da depoente trabalha na ENGEPAR, onde trabalha também V. da C. M. G.; Que V. é amigo do marido da depoente e o conhece a cerca de sete meses; Os filhos da depoente gostam muito de V., pois ele dá muita atenção para elas, principalmente para H. e C.; Hoje, por volta das 15h30min a depoente, em companhia do marido, os três filhos, a vizinha e as três filhas dela e V. foram fazer um piquenique no Parque dos Lagos; Por volta das 17h30min a depoente deixou que a filha fosse com V. até a casa dele, que fica na rua 18, no Jardim Flórida, e fica pertinho do Parque dos Lagos, para buscar sua bicicleta; A depoente esperou cerca de vinte minutos e percebeu que a filha estava demorando então pediu para que o marido fosse atrás da filha; A declarante foi para casa e alguns minutos depois chegaram H., o marido e V.; H. foi na casa da vizinha, que é sua amiguinha e alguns minutos depois a amiga dela chegou para a depoente dizendo que H. tinha um assunto muito sério para lhe falar; A depoente foi até onde estava a filha e esta lhe contou que V. tinha mexido com ela; A depoente levou a filha para o quarto para conversar onde ela lhe contou que ao chegar na casa de V. este lhe puxou pelo braço e a levou até um quartinho nos fundos da casa e abaixou seu short e chupou sua vagina e a beijou na boca; Depois tirou o pênis para fora mandando a mesma chupar, mas esta não o fez; A depoente então comunicou o fato ao marido que foi tirar satisfação com V. que negou o fato, dizendo que só falou que quando H. fizesse dezoito anos, iria namorar com ela; O marido da depoente falou que iria chamar a polícia, então o próprio V. pegou seu telefone celular e ligou para a polícia, dando o telefone para o marido da depoente falar; Nisso chegou uma guarnição da PM que deteve V. e o conduziu par esta delegacia; Que V. disse que demorou na casa porque não estava achando sua blusa, que teria ido buscar; Que V. quando estava no Parque dos Lagos, ficava se insinuando para as outras meninas que ali estavam, entre elas uma de oito anos, que elas eram bonitas e se tinham telefone pois iria ligar pra elas; Mas a depoente interpretou como brincadeira pois V. brinca muito com as meninas, inclusive pegam elas no colo (...)".

Em juízo, a genitora da vítima manteve o depoimento prestado. (fls. 176-177).

Corroborando os depoimentos da vítima e sua genitora, o policial militar Renato Ximenes de Brittes, que atendeu a ocorrência, relatou em juízo (fls 147-148):

"(...) MP: Certo. O acusado, o quê que ele alegou sobre esses fatos?

Depoente: O acusado, ele basicamente negou tudo, mas onde que a criança estava muito assustada, a gente percebeu que (...) A guarnição no caso percebeu que a situação aí era real mesmo.

MP: Ela dava sinais de que realmente tinha sofrido um abuso sexual, pelo estado de ânimo dela?

Depoente: Sim, até por que o acusado, ele, segundo a vítima, ele chegou a abaixar as calças e mostrou o pênis para criança, aonde mandou ela fazer o sexo oral e aonde que ela assustada fugiu.

MP: Conseguiu fugir.

Depoente: Conseguiu fugir, onde que de imediato já repassou a informação para a mãe (...)".

O depoimento coeso e uniforme da vítima foi ratificado pelas testemunhas ouvidas nos autos, razão pela qual restou plenamente provado nos autos que o recorrente praticou o crime de estupro de vulnerável.

Do pedido de reconhecimento da desistência voluntária:

O apelante alega que quando a vítima implorou para que ele parasse, ele parou, não consumando o delito por sua livre espontânea vontade, razão pela qual deve ser aplicada a desistência voluntária.

Entretanto, como acima versado e exposto, ficou claro que, apesar de não ter conseguido que a vítima praticasse sexo oral nele, ele praticou o sexo oral na vítima, e lhe deu beijos lascivos na boca, além de exibir seu órgão sexual e pedir que a vítima praticasse nele o sexo oral.

Então, com as primeiras condutas o recorrente já tinha consumado o crime de estupro, não sendo o caso de desistência voluntária, que é o benefício concedido ao agente que não consuma o crime.

Ademais, ele não parou sua ação por sua livre e espontânea vontade, como se demandaria na desistência voluntária, posto que foi a vítima quem pediu para que parasse, nesses termos:

"(...) que o acusado abaixou o short da declarante e começou 'a mexer lá (órgão genital) com a boca'; que a declarante pediu para que 'ele parasse com isso, mas ele não parou, continuando a mexer lá'; que em seguida ele começou a beijar na minha boca e no pescoço'; que em seguida , 'ele mostrou o pinto dele, pedindo para que eu chupasse lá (pênis) (...)".

Portanto, os atos praticados pelo apelante já caracterizam o crime de estupro, não havendo falar em desistência, mas sim em crime consumado.

Do pedido de desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 na LCP:

Não procede tal tese defensiva.

Como acima versado, restou consumado o crime de estupro de vulnerável, no qual o recorrente praticou sexo oral na vítima e tentou que esta lhe fizesse o mesmo, demonstrando o dolo em sua conduta de satisfazer sua lascívia às custas da menor H., fatos que subsumem-se perfeitamente ao que dispõe o art. 217-A do CP, não havendo falar em desclassificação.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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, 13 de dezembro de 2016.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes nº 0000714-39.2014.8.12.0040/50001 - Porto Murtinho
Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11343/06) – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – INCABÍVEL – JUNTADA TARDIA DO LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO QUE LEVA À NULIDADE DA SENTENÇA E NÃO À ABSOLVIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

A prova da materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas depende da realização de exame toxicológico definitivo, sendo insuficiente o laudo de constatação preliminar.

Se a sentença não considerou o laudo definitivo porque tal prova veio aos autos após a prolação da sentença e após a interposição do apelo, não é o caso de ausência de prova da materialidade, mas sim de juntada do laudo toxicológico definitivo a destempo, o que não conduz à absolvição do apelante.

Por outro lado, a sentença não pode subsistir, por afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, devendo ser anulada, a fim de que outra decisão seja proferida, após a regular manifestação das partes sobre laudo toxicológico definitivo.

Com o parecer. Embargos não providos.

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 recursos, nos termos do voto da relatora, vencido o Des. Romero Osme Dias Lopes. Ausente justificadamente o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Rodolfo Medina interpôs recurso de embargos infringentes e de nulidade em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal nos autos de Apelação Criminal nº 0000714-39.2014.8.12.0040, que por maioria acolheu a preliminar de nulidade da sentença, nos termos do voto do relator.

Aduz que, divergindo do entendimento majoritário, o Desembargador Vogal Ruy Celso Barbosa Florence entendeu ser o caso de ofício, absolver o apelante, por falta de prova de materialidade do crime, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

O embargante argumenta que para a configuração do delito de tráfico de drogas o laudo toxicológico definitivo seria prova técnica indispensável a comprovar a materialidade, assim, a não produção ou a juntada a destempo desta prova levaria à absolvição com fulcro no art. 386, I, do CPP e não à anulação da sentença.

Apregoa que a ausência do laudo técnico não seria caso de nulidade absoluta, posto que enseja a ausência de comprovação da materialidade do delito.

Justifica que veio aos autos, ainda na fase inquisitorial, apenas o laudo de exame de constatação que cumpriu a única finalidade a que se destinava, por força do próprio art. 50, §1º, da Lei nº 11.343/06 *"comprovar, em caráter provisório, a materialidade da infração, autorizando, assim, a lavratura do auto de prisão em flagrante e posterior oferecimento da denúncia"*.

Sustenta que a sentença condenatória foi proferida em 10.10.2014; a interposição do recurso de apelação por parte da defesa ocorreu em 28.10.2014, sendo o recurso recebido em 17.11.2014. As razões recursais foram apresentadas em 4.12.2014 e as contrarrazões da acusação foram apresentadas em 4.12.2014 e, somente em 22.12.2014 foi juntado aos autos o laudo de exame toxicológico (f. 157-162), ou seja, o laudo foi juntado em data posterior à sentença.

Assevera que a não produção e juntada aos autos do respectivo laudo Pericial Definitivo de forma tardia, tem como consequência a não comprovação da materialidade do delito, eis que a droga apreendida não foi periciada, ou se foi, não foi juntado aos autos o respectivo laudo em momento oportuno, ou seja, antes da sentença.

Alega que havendo apenas indício de que a substância apreendida era entorpecente (através do auto de constatação provisória), mas estando ausente a prova técnica necessária a tal comprovação, é de se reputar que não existe prova robusta para a condenação, razão pela qual deve ser aplicado o disposto no art. 386, inciso VII, Código de Processo Penal.

Afirma que ausente o laudo definitivo apto à constatação do tipo e características da substância apreendida em poder do embargante é de se concluir que não houve a comprovação da materialidade necessária para a condenação, impondo-se, dessa forma, a absolvição.

Assim, pugna pela manutenção do voto vencido proferido pelo desembargador vogal a fim de que seja mantida a sentença absolutória pelo crime de tráfico diante da ausência do laudo toxicológico definitivo.

Os embargos foram admitidos (f. 21).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 26-43, pontua que a anexação do laudo toxicológico definitivo após a prolação da sentença não dá ensejo a absolvição do agente se existir laudo de constatação pericial atestando a potencialidade ofensiva da substância entorpecente, devendo ser decretada a nulidade dos atos procedimentais a partir da juntada do laudo pericial, assim, opina pelo conhecimento e improvimento dos embargos.

VOTO 26/10/2016

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de embargos infringentes interposto por Rodolfo Medina em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal nos autos de Apelação Criminal n. 0000714-39.2014.8.12.0040, que, por maioria acolheu a preliminar de nulidade da sentença, nos termos do voto do relator.

O embargante pugna pela manutenção do voto vencido proferido pelo desembargador vogal que, de ofício, absolveu o apelante, por falta de prova de materialidade do crime, diante da ausência do laudo toxicológico definitivo, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Os embargos são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

O Embargante foi denunciado pelo crime de tráfico. Narra a denúncia que:

> *"Consta do incluso inquérito policial que no dia 18 de junho de 2014, por volta das 08h40min, policiais civis, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, se dirigiram até a residência localizada na Rua Luiz de Albuquerque, 444, Centro, em Porto Murtinho-MS, onde localizaram 14 (quatorze) trouxinhas contendo a droga conhecida como crack, totalizando 2 (dois) gramas da substância, as quais foram ali mantidas em depósito e guardadas pelo denunciado Rodolfo Medina, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização.*
>
> *Segundo restou apurado, a autoridade policial pugnou pela expedição de mandado de busca e apreensão (autos n. 0000673- 72.2014.8.12.0040) no imóvel onde o denunciado residia, porquanto tal local foi indicado como ponto de venda de drogas (boca de fumo).*
>
> *Em cumprimento ao aludido mandado, a policia civil logrou êxito em encontrar a droga apreendida, que ali foi guardada e mantida em depósito pelo denunciado.*
>
> *A autoria e a materialidade delitivas estão comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02-08), pelo boletim de ocorrência (fls. 19-20), bem como pelo auto de apreensão de f. 18 e laudo de exame de constatação de f. 19."*

Finda a instrução criminal, julgou-se procedente a denúncia, condenando o embargante à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, no regime aberto, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (cf. 115-127).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação pleiteando pela reforma da sentença para o fim de declarar a nulidade da sentença em razão da ausência do laudo toxicológico definitivo, impondo-se a absolvição por falta de provas, nos termos do artigo 386, II do Código de Processo Penal; declarar a nulidade da sentença em razão da ausência de laudo de exame de dependência química realizado no apelante, com fundamento no artigo 564 do Código de Processo Penal e; subsidiariamente, desclassificar a conduta para a do artigo 28 da Lei 11.343/06.

A 2º Câmara Criminal, ao apreciar o recurso defensivo, por maioria, declarou a nulidade da sentença, nos termos do voto do relator, vencido o Vogal.

O julgado recebeu a seguinte ementa (f. 230-244):

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR JUNTADA TARDIA DO LAUDO DEFINITIVO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO – ACOLHIDA – EXAME JUNTADO APÓS A SENTENÇA – PROVA IMPRESCINDÍVEL SOBRE A MATERIALIDADE – NULIDADE DA SENTENÇA COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICA MAIS ADEQUADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O pronunciamento de um juízo condenatório, no crime de tráfico de drogas, exige a presença do laudo definitivo de exame toxicológico como prova da materialidade, não servindo, para tal finalidade, o mero laudo preliminar de constatação, que é prova provisória e precária e, por isso, insuficiente para demonstração segura da existência do crime.*

> *2. A juntada do laudo definitivo de exame toxicológico após a prolação da sentença condenatória é circunstância que deve ensejar o pronunciamento de nulidade processual absoluta, e não a absolvição do réu. Diante de tal situação, a saída é decretar a invalidade da sentença condenatória para que, com base no laudo tardiamente juntado e devidamente contraditado pelas partes, seja proferida outra decisão."*

Divergindo do entendimento majoritário, o douto vogal entendeu por bem absolver, de ofício, o embargante, por falta de materialidade do crime, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Este é o voto que o embargante pretende que prevaleça.

Em que pese o inconformismo do embargante, entendo que deve ser mantida na integralidade a decisão embargada.

O embargante foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas na data de 01/07/2014. Com a denúncia, o promotor requereu que fosse solicitado à autoridade policial a remessa do laudo pericial definitivo (f. 04). Ao receber a denúncia, em 24/07/2014, o magistrado determinou a requisição do laudo toxicológico definitivo (f. 42).

Finda a instrução foi proferida sentença condenatória em 10/10/2014 (f. 115-127).

O embargante foi cientificado da sentença em 13/10/2014 (f. 131). Na data de 28/10/2014, a defesa manejou recurso de apelação e apresentou razões recursais em 04/12/2014 (f. 138-156). As contrarrazões foram apresentadas em 04/02/2015 (f. 164-186).

Somente em 22/12/2014, foi juntado aos autos o laudo de exame toxicológico (cf. f. 158-162).

É sabido que o auto de apreensão, o exame preliminar, as provas testemunhais ou mesmo confissão do réu não são capazes de embasar a materialidade do tráfico, para a qual é exigida a confecção do laudo definitivo, pois só este documento, elaborado e assinado por dois peritos, é que esclarecerá a toxicidade da substância, através de exames laboratoriais aptos a comprovar a existência de substância capaz de gerar dependência física ou psíquica.

Na ausência do laudo definitivo de exame em substância entorpecente, não há prova da materialidade do crime de tráfico. Sobre o tema, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE – AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO – IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO – NULIDADE – OCORRÊNCIA.*
>
> *1. Nos termos da reiterada jurisprudência dessa Corte Superior, é imprescindível a confecção do laudo toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade do ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.*
>
> *2. Na hipótese em comento, embora tenha sido confeccionado o laudo provisório de constatação, não houve a realização do laudo definitivo, mostrando-se evidente o constrangimento ilegal a que se encontra submetido o paciente.*
>
> *3. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau, determinando que outra seja proferida após a juntada do laudo toxicológico definitivo, garantido o contraditório, devendo o adolescente aguardar em liberdade em relação ao processo de que se cuida."* (STJ. HC 173.615/RJ. Rel. Min. OG Fernandes. Sexta Turma. Julgado em 18/06/2012.)

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO – NULIDADE – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *a) A ausência de laudo definitivo, nos delitos de tráfico de entorpecentes, caracteriza nulidade, porque representa prova da materialidade do delito.*
>
> *b) O laudo provisório é suficiente para o oferecimento da denúncia, mas não para comprovar a materialidade do delito e alicerçar édito condenatório.*
>
> *c) Coação ilegal configurada.*
>
> *d) Ordem concedida, para anular a r. sentença e o v. acórdão, determinando-se a juntada do laudo definitivo aos autos e, após manifestação das partes, a prolação de nova sentença, devendo o paciente aguardar o julgamento em liberdade."* (STJ. HC 143.238/MG. Rel. Min. Celso Limongi. Sexta Turma. Julgado em 04/03/2010)

Portanto, sem a prova pericial definitiva, ainda que presente o laudo de constatação, não se pode atestar a materialidade do crime de tráfico, pois essa prova não poderá ser suprida por nenhuma outra prova.

Porém no caso o laudo definitivo foi feito e foi acostado aos autos, ainda que a destempo, sendo que este Tribunal já posicionou-se sobre o tema e reconheceu que a juntada tardia do laudo toxicológico definitivo, mesmo quando encerrada a instrução, não enseja a nulidade do processo, se do documento foi dada ciência às partes.

No caso presente, o laudo definitivo consta dos autos à f. 158-162, mesmo que juntado após a prolação da sentença condenatória de f. 115-127.

Então, se a materialidade do tráfico de drogas deve ser comprovada através do laudo toxicológico definitivo e esta prova veio aos autos após a prolação a sentença, cabe decidir se estamos diante de um caso de absolvição por ausência de materialidade ou de anulação da sentença por nulidade absoluta.

Não desconhecemos a celeuma jurisprudencial acerca da matéria, pois existem julgados indicando que a ausência do laudo toxicológico definitivo seria causa de nulidade absoluta do processo, bem como há aqueles que entendem que a ausência do laudo não impõe a simples nulidade do processo, mas sim a absolvição nos termos do art. 386, II, do CPP.

Ocorre que, no caso, o laudo existe. Portanto o mais adequado é declarar a nulidade da sentença com a reabertura do prazo para as partes manifestarem-se sobre o documento.

A indicação preliminar da materialidade (atestada no laudo de constatação em exame preliminar) teve confirmação definitiva, pois, ainda que a destempo, o laudo de exame em substância foi trazido aos autos.

Portanto, seria um contrassenso negar sua existência, mas também não há como deixar de reconhecer que a juntada deste fora do prazo é causa de nulidade absoluta, haja vista o disposto no art. 564, III, do CPP, que disciplina:

> *"Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
>
> *(...) III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:*
>
> *(...) b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167. (...)".*

Nos delitos de tráfico de entorpecentes a ausência de laudo definitivo caracteriza nulidade porque ele representa prova da materialidade do delito.

Estamos diante de uma nulidade de caráter absoluto e não relativo, que não pode ser convalidada, até porque, não está inserida no rol art. 572 do CPP.

Em verdade, a juntada do laudo de exame toxicológico, nesta situação, atua como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar. Assim, não se trata de ausência de prova da materialidade, mas sim de juntada do laudo toxicológico definitivo a destempo, o que configura uma nulidade absoluta, portanto, passível de análise a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, vez que não sujeita a preclusão.

Mesmo ausente o laudo toxicológico durante toda a instrução processual, o documento veio aos autos, mesmo que após a prolação da sentença, logo, não há como negar sua existência.

Por outro lado, a sentença não pode mais subsistir, por afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, devendo ser anulada, a fim de que outra decisão seja proferida, após regular manifestação das partes sobre laudo toxicológico definitivo, tal como reconheceu o relator da apelação (f. 230-244):

> *"Rodolfo Medina interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando a reforma da sentença de mérito proferida pelo magistrado da Vara Única da Comarca de Porto Murtinho/MS, que o condenou como incurso nas sanções penais do art. 33, "caput", da Lei 11.343/06, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária mínima.*
>
> *De acordo com a denúncia:*
>
> *Consta do incluso inquérito policial que no dia 18 de junho de 2014, por volta das 08h40min, policiais civis, em cumprimento a mandado de busca e apreensão, se dirigiram até a residência localizada na Rua Luiz de Albuquerque, 44, Centro, em Porto Murtinho-MS, onde localizaram 14 (quatorze) trouxinhas contendo a droga conhecida como crack, totalizando 2 (dois) gramas da substância, as quais foram ali mantidas em depósito e guardadas pelo denunciado Rodolfo Medina, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização.*
>
> *Segundo restou apurado, a autoridade policial pugnou pela expedição de mandado de busca e apreensão (autos n. 00673-72.2014.8.12.040) no imóvel onde o denunciado residia, porquanto tal local foi indicado como ponto de venda de drogas (boca de fumo). Em cumprimento ao aludido mandado, a Policia Civil logrou êxito em encontrar a droga aprendida, que ali foi guardada e mantida em depósito pelo denunciado.*
>
> *Diante desses fatos, Rodolfo Medina foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas. Concluída a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 115-127) que, julgando procedente o pedido acusatório, condenou o denunciado pelo crime em questão, submetendo-o ao cumprimento das penas que foram acima exaltadas.*
>
> *Em virtude disso, o denunciado interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 138-156), arguiu preliminar de nulidade, sob os seguintes argumentos: (1) por ausência de laudo toxicológico definitivo; e (2) por falta de realização do exame para constatação de eventual da dependência química. No mérito, postulou a desclassificação do tráfico de drogas para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Por fim, elaborou prequestionamento.*
>
> *O MP ofereceu contrarrazões (fls. 164-186).*

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 200-223, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

1. Das alegações preliminares:

1.1. Da falta do exame toxicológico definitivo:

Nesse ponto, afirmou o apelante que o laudo de exame toxicológico definitivo, imprescindível para a comprovação da materialidade do fato delituoso, foi juntado somente após a prolação da sentença, o que, no seu entender, enseja a nulidade da sentença.

O pleito comporta acolhimento.

Analisando o presente caso, é possível constatar que o magistrado prolator da sentença, na ocasião do julgamento do feito, ao formar o juízo condenatório positivo, embasou a materialidade do fato delituoso no laudo preliminar de constatação (fl. 23), considerando esse elemento de prova, que provisoriamente constatou a natureza entorpecente da substância apreendida em poder do apelante, suficiente para a comprovação definitiva acerca da existência do crime. Observa-se, ainda, que tal postura foi adotada tendo em vista que, na ocasião da sentença, o laudo definitivo de exame toxicológico ainda não tinha sido juntado aos autos, somente vindo ao processo depois de já interposto o recurso defensivo, não havendo, assim, nenhuma manifestação das partes acerca dessa prova.

De acordo com o art. 50, §§ 1º e 2º da Lei 11.343/06, a elaboração do laudo preliminar, referido pelo legislador como "laudo de constatação da natureza e quantidade da droga", tem a finalidade de servir como base para a lavratura do auto de prisão em flagrante e para embasar a denúncia, se presentes os demais elementos para esse fim. Funciona, portanto, como mero indício provisório acerca da existência do crime e, justamente por isso, ou seja, pela sua provisoriedade, não pode ser utilizado como definitiva da materialidade para eventual condenação, até porque, como bem se sabe, o pronunciamento de um juízo condenatório exige certeza, que deve ser extraída de prova inequívoca e segura sobre a materialidade do fato, atributos que não são peculiares ao laudo preliminar. É certo que este, ainda que juntado intempestivamente, pode confirmar o laudo de constatação preliminar e aí poderá ser convalidado o laudo preliminar.

Assim, é pressuposto indispensável para eventual condenação por tráfico de drogas a juntada do laudo definitivo de exame toxicológico para, então, ser proferida a sentença, cuja conclusão trará a certeza da existência do crime quando houver constatação de que a substância apreendida em poder do agente era de natureza entorpecente.

A propósito, deliberando sobre o assunto, a doutrina especializada caminha nesse mesmo sentido, afirmando que: "(...) para se constatar definitivamente a materialidade do delito de drogas, não bastará o laudo de constatação. Deverá ser elaborado um laudo de exame definitivo, também chamado de laudo de exame toxicológico, realizado por perito oficial." (Mendonça, Andrey Borges de – Lei de drogas: Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo / Andrey Borges de Mendonça, Paulo Roberto Galvão de Carvalhos. – 3. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, pags. 266-267).

No mesmo caminhar, é o entendimento jurisprudencial, senão vejamos:

"(...). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, COMBINADO COM O ARTIGO 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI 11.343/2006). ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA SEM A JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Conquanto para a admissibilidade da acusação seja suficiente o laudo de constatação provisória, exige-se a presença do laudo definitivo para que seja prolatado um édito repressivo contra o denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes. (...)." (HC 196.625/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 26/03/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. É entendimento majoritário, no âmbito deste Sodalício, de que o laudo toxicológico definitivo se mostra imprescindível à condenação pelo delito de Tráfico Ilícito de Entorpecentes. (...). (AgRg no Ag 1350143/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011)."

"PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA QUE RECONHECE A MATERIALIDADE DO DELITO COM BASE EM LAUDO PROVISÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - LAUDO DE CONSTATAÇÃO QUE SERVE APENAS PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA E PARA O PROCESSO - CONDENAÇÃO QUE EXIGE O LAUDO DEFINITIVO - ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR PARCIALMENTE A SENTENÇA E DETERMINAR A JUNTADA DO LAUDO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SALVO PRISÃO POR OUTRO MOTIVO. 1. O laudo provisório, como o próprio nome indica, serve apenas para comprovar precariamente a existência de substância capaz de gerar dependência física ou psíquica, para fim de oferecimento da denúncia e durante a fase de instrução do processo. 2. O laudo de constatação não se presta para comprovar a materialidade do delito quando da sentença condenatória. (...). (HC 118.666/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada Do TJ/Mg), Sexta Turma, julgado em 05/02/2009, DJe 02/03/2009)." (Destaquei).

Conclui-se, portanto, à luz das diretrizes doutrinária e jurisprudencial acima exaltadas, que o pronunciamento de um juízo condenatório, no crime de tráfico de drogas, exige a presença do laudo definitivo de exame toxicológico como prova da materialidade, não servindo, para tal finalidade, o mero laudo preliminar de constatação, que é prova provisória e precária e, por isso, insuficiente para demonstração segura da existência do crime.

Com relação à consequência jurídica da juntada intempestiva do laudo definitivo de exame toxicológico, a despeito da existência de certa divergência nesse ponto, compartilho do entendimento, majoritário, de que juntada dessa prova após a prolação da sentença condenatória é circunstância que deve ensejar o pronunciamento de nulidade processual absoluta, e não a absolvição do réu. Nesse contexto, diante de tal situação, a saída é decretar a invalidade da sentença condenatória para que, com base no laudo tardiamente juntado e devidamente contraditado pelas partes, seja proferida outra decisão.

O entendimento acima encontra franca ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA QUE RECONHECE A MATERIALIDADE DO DELITO COM BASE EM LAUDO PROVISÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - LAUDO DE CONSTATAÇÃO QUE

SERVE APENAS PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA E PARA O PROCESSO - CONDENAÇÃO QUE EXIGE O LAUDO DEFINITIVO - ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR PARCIALMENTE A SENTENÇA E DETERMINAR A JUNTADA DO LAUDO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SALVO PRISÃO POR OUTRO MOTIVO. 1. O laudo provisório, como o próprio nome indica, serve apenas para comprovar precariamente a existência de substância capaz de gerar dependência física ou psíquica, para fim de oferecimento da denúncia e durante a fase de instrução do processo. 2. O laudo de constatação não se presta para comprovar a materialidade do delito quando da sentença condenatória. 3. Se a sentença foi proferida sem o laudo definitivo, impõem-se a sua nulidade para que previamente seja juntado o exame toxicológico e dada vista às partes para que sobre ele se manifestem. 4. Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere ao delito de tráfico de drogas, determinando a juntada do exame toxicológico definitivo, com vista às partes e consequente possibilidade do paciente aguardar em liberdade essa diligência e a nova sentença. (HC 118.666/MG, rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), sexta turma, julgado em 05/02/2009, dje 02/03/2009)."

"(...). TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, COMBINADO COM O ARTIGO 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI 11.343/2006). ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA SEM A JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...). 2. No caso dos autos, tem-se que o paciente foi condenado sem que fosse anexado ao feito o indispensável laudo definitivo, o que é causa de nulidade absoluta do processo, e não de absolvição, como pretendido pela impetrante. Precedentes. (...). (HC 196.625/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 26/03/2013).

Voltando os olhos ao caso particular, constata-se que, no momento da sentença, o laudo definitivo de exame toxicológico ainda não estava presente nos autos, o qual, a despeito de ter vindo ao processo depois de escoado o prazo recursal, não foi contraditado pelas partes, por falta de oportunidade. Ante a falta dessa prova no momento oportuno, o feito foi sentenciado, com juízo condenatório positivo, apenas com base no laudo preliminar, o que, porém, não se pode admitir, como acima demonstrado. Dessa forma, a consequência jurídica dessa situação é a declaração da nulidade da sentença, para oportunizar às partes manifestação acerca do laudo definitivo, com posterior prolação de nova decisão judicial, com análise dessa prova.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Posto isso, contra o parecer, acolho a preliminar de nulidade por falta do laudo definitivo de exame toxicológico, para o fim de declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à origem, para que seja dado ciência às partes quanto à mencionada prova técnica juntada ao processo após a prolação da sentença, e, na sequência, prolatada nova sentença, com o exame dessa prova."

Assim, voto pela declaração de nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que seja dada ciência às partes quanto ao laudo toxicológico definitivo juntado ao processo após a prolação da sentença, e, na sequência, seja prolatada nova sentença com o exame dessa prova.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes interpostos por Rodolfo Medina.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor):

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. (1º Vogal):

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º Vogal):

Dou provimento ao recurso nos termos da dissidência.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal):

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (5º Vogal):

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora, vencido o des. Romero Osme Dias Lopes. Ausente justificadamente o Des. Dorival Moreira dos Santos.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 26 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1600942-97.2016.8.12.0000 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – SUSCITANTE O JUÍZO DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE DOURADOS – SUSCITADO O JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE DOURADOS – ART. 129, *CAPUT*, E § 9º (LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO) DO CÓDIGO PENAL – PAI CONTRA FILHA MENOR DE IDADE – COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO QUE NÃO FIGURA NOS POLOS DO PRESENTE CONFLITO – FLAGRANTE A COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO.

O acusado cometeu os crimes de lesão corporal contra sua filha (menor de idade), no âmbito familiar, então, não há que falar em competência distinta senão aquela prevista no art. 5º e 7º, da Lei n.º 11.340/06.

Assim, de rigor que sejam apurados e julgados perante o juízo especializado detentor da competência para o julgamento de crimes decorrentes de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Consoante orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constatado que nenhum dos juízos conflitantes é competente para processar e julgar a demanda, admite-se o reconhecimento da competência de terceiro juízo, estranho ao conflito, como o ocorrido, *in casu*.

Conflito de Jurisdição procedente, para declarar a competência de terceiro juízo (Vara da Violência Doméstica).

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, julgar procedente o conflito de jurisdição, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 18 de outubro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de conflito negativo de competência tendo como suscitante o Juízo de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Dourados e como suscitado, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (vara residual).

O juízo suscitado declinou da competência, eis que entende ser caso de competência do Juizado Especial, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo (f. 59).

Por sua vez, o suscitante do conflito alega a competência da vara residual (2ª Vara Criminal), ante a disposição do art. 61, da Lei n.º 9.099/95, pois, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo apenas os crimes e contravenções penais que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, o que não ocorre *in casu* (f. 100/101).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento do conflito, e manifesta-se pela procedência do mesmo, declarando como competente o Juízo suscitado (f. 108/110).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de conflito negativo de competência tendo como suscitante o Juízo de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Dourados e como suscitado, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (vara residual).

Ab initio, a autoridade policial remeteu os autos do inquérito policial ao juízo da 4ª vara criminal da comarca de Dourados (vara de violência doméstica e familiar contra a mulher), sob o argumento de que, "*embora exista relação de parentesco entre autor e vítima, não se configurou qualquer ação ou omissão baseada no gênero, conforme o art. 5º, da Lei n.º 11.340/06*". Assim, pugnou pelo envio dos autos ao cartório distribuidor para que se procedesse a redistribuição a uma das varas criminais (f. 56).

Redistribuídos os autos ao juízo da 2ª vara criminal da Comarca de Dourados, tal juízo também declinou de sua competência, determinando a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal por entender tratar-se de crime de menor potencial ofensivo (lesão corporal de natureza leve) (f. 59).

Por sua vez, o Juizado Especial Criminal entendeu ser competente o juízo comum, sob a alegação de que a pena do crime em tela varia de 03 (três) meses a 03 (três) anos, o que afasta a competência do Juizado Especial, à luz do art. 61, da lei n.º 9.099/95 (f. 100/101).

Assim relatado, faz-se necessário analisar se os fatos ocorridos são da alçada do juízo suscitante ou Suscitado.

Consta do caderno investigativo que aos 21 de setembro de 2013, por volta das 13h, na residência localizada à Rua Araguaia, 889, Jardim Água Boa, na, cidade de Dourados, J. E. de O. S. ofendeu a integridade física da própria filha, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, conforme atestou o laudo de exame de corpo de delito (f. 09).

Em seu interrogatório o acusado declarou (f. 44/45):

> *"(...) que após a separação no ano de 2003, o interrogado ficou com a guarda dA filha J. B. S., mas esta mora com a mãe do interrogado e a irmã H.. Disse que na data dos fatos foi até a casa de sua mãe, ocasião em que chamou atenção de J. porque a filha estava com o short muito curto, mas J. disse: 'você não tem que falar as coisas pra mim, você é um drogado, um bêbado'; o interrogado desferiu um tapa no rosto de J. , esta revidou e foi para cima do interrogado desferiu um tapa em seu rosto, momento em que perdeu a cabeça e deu mais alguns tapas na filha. O interrogado acredita que se excedeu na correção com a filha, porque ela não o respeitou como pai. Alega que não estava drogado (...)."*

A controvérsia consiste no fato de que, embora o laudo de exame de corpo de delito tenha concluído que a lesão corporal foi de natureza leve, o crime fora praticado por ascendente contra descendente, o que, teoricamente, atrairia a incidência do art. 129, § 9º, do Código Penal.

O aludido dispositivo legal, assim dispõe:

> *"Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*
>
> *Pena - detenção, de três meses a um ano.*
>
> ***§ 9.º Se a lesão for praticada contra** ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:*
>
> *Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos."* grifo nosso

Extrai-se da norma penal supra que o máximo da pena abstrata é de 03 (três) anos.

De outro vértice, a Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), no seu art. 61, determina que consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com a multa.

Assim, por óbvio que, nesta linha de raciocínio, a competência seria do Juízo da Vara Residual (juízo suscitado).

Entretanto, não vejo assim.

É que essa seria a regra geral, porém ela não considera casos excepcionais de varas especializadas cuja competência também se amolde ao caso presente.

É o que entendo ocorrer quanto à disciplina específica relativa à competência das varas de violência doméstica. Entendo que, onde estas varas existem, elas claramente excepcionam o regime geral, pois a isso mesmo vieram, para introduzir uma disciplina, estrutura e funcionamento mais céleres e eficazes de proteção as vítimas específicas que contempla.

Quando o caso puder ser inserido na competência especializada desta vara, será então esta a competente, até porque, sendo vara especializada, com muito maior propriedade e celeridade poderá analisar o caso.

A Lei 11.340/2006 veio para proteger as mulheres da violência, sobretudo aquela em decorrência de relações familiares de gênero.

Então, para fixação da competência da vara da violência doméstica é necessário que o crime em questão seja oriundo de relações domésticas, verificadas no âmbito da família, praticado contra a mulher, podendo o agressor ser pessoa do sexo masculino ou feminino.

A lei prevê, além do âmbito da unidade doméstica, também o âmbito familiar, incluindo-se nesse conceito a comunidade formada por indivíduos que são, ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

No caso, trata-se de agressão de ascendente contra descendente (pai contra filha).

Obviamente, o delito praticado configura violência de gênero, até porque infere-se que a discussão teria começado porque o agressor teria achado o short da vítima muito curto, assim, evidente que esta

vítima estava equiparada à condição da mulher que efetivamente é necessitada da proteção da lei especial, lei complexa que reúne mecanismos processuais e instrumentos de proteção diferenciados. Ademais, vale salientar que trata-se de vítima menor de idade, com 13 (treze) anos à época dos fatos.

Assim, no caso presente, a Vara Especializada de Violência Doméstica é mais adequada para albergar um processo como o presente.

No caso presente, a vítima é menor de idade, mas também é mulher, e evidencia-se que a questão de gênero em ambiente doméstico é extremamente relevante neste caso. Não há qualquer dúvida que a fragilidade da vítima é por ser menor de idade, mas também por ser menina.

Não se cuida de mera situação envolvendo criança vítima (cuja competência seria residual criminal, conforme a Resolução n.º 65/2012, do TJMS), e sim de crime de ascendente contra descendente menina.

É manifesto que o crime objeto dos autos foi praticado no contexto de violência doméstica e familiar, como tal se amolda perfeitamente aos termos em que disposto no inciso III do art. 7º da Lei 11.340/2006, *in verbis*:

> *"Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:*
>
> *I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*
>
> *II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;*
>
> *III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;*
>
> *IV - a violência patrimonial (...);*
>
> *V - a violência moral...".*

Não se pode dizer que a vítima não seja mulher apenas porque ela é uma pessoa menor de idade.

A jurisprudência já decidiu nesses termos:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VARA CRIMINAL COMUM E VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. VÍTIMA MENOR DE IDADE. IRRELEVÂNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. A Lei Maria da Penha estabeleceu um sujeito passivo próprio para as formas de violência nela previstas: a mulher. Pode ser criança, adolescente, adulta, idosa, o requisito é tão somente pertencer ao sexo feminino. Portanto, o que importa, para definição do alcance de proteção da Lei Maria da Penha, é a configuração de que a mulher, por seu gênero e*

condição de hipossuficiência em relação ao agressor, com o qual mantém vínculo de relação doméstica, sofre qualquer espécie de violência por parte deste." (TJMG; CJ 0010048-98.2011.8.13.0000; Belo Horizonte; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio César Lorens; Julg. 15/02/2011; DJEMG 17/03/2011) (Publicado no DVD Magister nº 39 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007)

"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. JUIZ DA JUSTIÇA COMUM E DA VARA DE INQUÉRITOS POLICIAIS. CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VÍTIMAS ESPOSA E FILHA ADOLESCENTE. SITUAÇÃO ALCANÇADA PELA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. A Lei nº 11. 340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, não distingue a idade da mulher, para que figure como vítima quanto aos delitos nela previstos, não cabendo ao intérprete assim o fazer. Desse modo, tanto a mulher adulta, como a adolescente ou a criança do sexo feminino estão protegidas pela referida Lei, em relação à violência doméstica." (TJMG; CJ 0506682-28.2010.8.13.0000; Belo Horizonte; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 02/12/2010; DJEMG 17/01/2011) (Publicado no DVD Magister nº 38 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007)

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VARA CRIMINAL COMUM E VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. VÍTIMA MENOR DE IDADE. IRRELEVÂNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. A Lei Maria da Penha estabeleceu um sujeito passivo próprio para as formas de violência nela previstas: a mulher. Pode ser criança, adolescente, adulta, idosa, o requisito é tão somente pertencer ao sexo feminino. Portanto, o que importa, para definição do alcance de proteção da Lei Maria da Penha, é a configuração de que a mulher, por seu gênero e condição de hipossuficiência em relação ao agressor, com o qual mantém vínculo de relação doméstica, sofre qualquer espécie de violência por parte deste." (TJMG; CJ 0010048-98.2011.8.13.0000; Belo Horizonte; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio César Lorens; Julg. 15/02/2011; DJEMG 17/03/2011) (Publicado no DVD Magister nº 39 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007)."

A Lei Maria da Penha trata a questão da competência jurisdicional sob o ponto de vista da qualidade e condição da vítima, algo que as Varas Comuns Residuais Criminais não fazem, por isso não tenho dúvida de que a Vara Especializada deve sim ser a competente para analisar este tipo de caso, deve a legislação protetiva alcançar esta vítima.

A Vara Especializada com muito maior probabilidade poderá imprimir ao processo outra celeridade, outra prioridade e poderá garantir com maior eficácia a aplicação da lei penal.

Logo, entendo ser caso de competência de terceiro Juízo, estranho ao presente conflito, qual seja: o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), ainda que o crime em tela seja lesão corporal de natureza leve.

O art. 41, da Lei n.º 11.340/06 assim dispõe:

"Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a lei n.º 9.099/95"

A constitucionalidade do dispositivo legal supra foi questionada, tendo sido declarado constitucional através do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADC n.º 19, de 09/02/2012.

Sobre o tema são os ensinamentos de Norberto Avena:

"Controvérsias surgiram em relação ao alcance do referido art. 16 na hipótese do crime de lesão corporal leve. Isto porque, se por um lado o art. 88 da Lei 9.099/1995 estabelece que a apuração desse crime condiciona-se à representação do ofendido, por

> *outro, o art. 41, da Lei 11.340/2006 disciplina que não se aplicam aos crimes praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher as disposições da Lei 9.099/1995. Neste viés, surgiram duas correntes: uma, entendendo que, se praticado aquele delito contra mulher em atitude de violência doméstica e familiar, deve ser apurado mediante ação penal pública incondicionada, não havendo falar, assim, em retratação da representação com base no art. 16 da Lei; outra, considerando que o crime de lesão corporal de natureza leve depende de representação em qualquer hipótese, podendo a ofendida, se quiser, dela se retratar.*
>
> *Considerando este impasse criado na doutrina e jurisprudência, a Procuradoria-Geral da República intentou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, objetivando conferir ao art. 16 da Lei 11.340/06 interpretação conforme a Constituição Federal para que fosse restringida a sua aplicação apenas aos crimes em que a necessidade de representação esteja prevista em ato normativo distinto da Lei 9.099/1995 (por exemplo, o crime de ameaça, que se procede mediante ação penal pública condicionada por força do art. 147, parágrafo único, do Código Penal)"* (AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado, 8ª edição, Editora Juspodvm, p. 836).

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do julgamento do HC n.º 178751 RS 2010/0125851-1, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, publicado aos 31/05/2013:

> *"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRESSÃO DE PAI CONTRA DUAS FILHAS ADOLESCENTES. COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA . APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que decidiu conflito de competência, como um inominado e indevido sucedâneo recursal.* ***2. Agressão praticada pelo pai contra duas filhas (adolescentes), sob o teto da família, atrai a incidência do art. 5º, da Lei Maria da Penha, não havendo, por conseguinte, ilegalidade na decisão impugnada****. 3. Ausência de ilegalidade flagrante. 4. Writ não conhecido."* grifo nosso

No mesmo sentido é o entendimento do TJRS, no Conflito de Jurisdição CJ 70060306784 RS (TJ-RS), publicado aos 18/08/2014, extraindo-se:

> *"Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRESSÃO DE PAI CONTRA FILHA. JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR O JUÍZO COMPETENTE. Trata-se de incidente entre pai e filha, sendo que o primeiro agrediu a segunda. Está evidenciada a relação familiar, estando presente a hipossuficiência da vítima, filha, em relação ao seu agressor, seu genitor, já que o delito foi praticado no âmbito das relações domésticas e familiares. Deste modo, enquadrando-se o caso na Lei Maria da Penha , o conflito procede, pois o juizado competente é o da Violência Doméstica e Familiar. Decisão: Conflito de competência procedente. Unânime"* (Conflito de Jurisdição Nº 70060306784, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 24/07/2014).

Ainda, corrobora tal entendimento a Apelação n.º 03753728320148190001 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ, publicada aos 26/11/2015:

> *"Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. AGRESSÃO CONTRA FILHA MENOR. COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENA. APLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. Inicialmente, não há falar em nulidade do processo pela incidência da Lei Maria da Penha. O caso é mesmo de aplicação daquele diploma legal*

específico, por se tratar de vítima mulher, filha do réu, ora apelante, à época adolescente, circunscrevendo-se, portanto, ao espectro da Lei 11.340 /2006. No mérito, o pleito absolutório merece prosperar. Malgrado o laudo pericial (pasta 21) tenha constatado lesões corporais de natureza leve na vítima, e que o acusado tenha admitido que desferiu dois golpes com um cinto na menina quando foi ouvido em juízo, o certo é que justificou sua conduta com o argumento de que sua filha estaria abraçada com um rapaz que o acusado não conhecia, o que faz crer que pretendeu apenas aplicar um corretivo. De fato, as provas produzidas não demonstram que o acusado tivesse intenção de lesionar a vítima e o fato de ter excedido na forma e maneira de correção, ainda que possa ser vista como reprovável, não caracteriza o crime de lesões corporais. Muito embora se possa cogitar de adequação fática ao delito definido no artigo 136 do Código Penal, com aplicação da correspondente reprimenda, ao se fazer readequação da tipificação penal, verifica-se não haver descrição desta conduta, razão pela qual a solução absolutória se impõe. Absolvição decretada. Provimento ao Recurso."

Assim, restou cristalino que a competência do caso em análise é da 4ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), ainda que o crime em tela seja lesão corporal de natureza leve, eis que o fato de tê-lo sido praticado por pai contra filha, no âmbito doméstico, atrai a incidência da Lei n.º 11.340/06, à luz dos artigos 5º e 41, da referida lei.

Da declaração de competência de terceiro Juízo, estranho ao Conflito de Jurisdição.

A possibilidade da declaração de terceiro juízo, estranho ao conflito de competência proposto, é matéria pacífica no Superior Tribunal de Justiça, senão, vejamos o julgado do Conflito de Competência n.º 108.944 - MG (2009/0216497-0), de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, publicado aos 02/02/11:

"(...) Constatado que nenhum dos juízos conflitantes é competente para processar e julgar a demanda, esta Corte admite o reconhecimento da competência de terceiro juízo, estranho ao conflito. Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados: 'PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE VERBAS DO FGTS. RESISTÊNCIA DA CEF. JURISDIÇÃO CONTENCIOSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. (...) 4. Constatada a competência de um terceiro Juízo, estranho aos autos, admite-se-lhe a remessa do feito. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal de Santos/SP, apesar de não integrar o presente conflito." (Primeira Seção, CC n. 105.206/SP, relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 28.8.2009). "PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETENCIA. AÇÃO PARA REGULAMENTAÇÃO DO REGIME DE VISITAS A MENOR. CONEXÃO COM AÇÃO EM QUE SE DISCUTE A GUARDA. EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DE JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO. (...)

A jurisprudência desta Corte admite a remessa dos autos a um terceiro juízo, estranho ao conflito, considerado competente. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da 1a Vara da Família e Sucessões da Comarca de Jundiaí, Estado de São Paulo, terceiro estranho ao conflito." (Segunda Seção, CC n. 80.266/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 12.2.2008).'

Ante o exposto, com fundamento no art. 120, conheço do conflito para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, terceiro estranho ao conflito. "

Ainda, colhe-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça em idêntico sentido, no conflito de competência CC 89387 MT 2007/0208919-8 (STJ), publicado aos 18/04/2008:

> *"Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROLATOU A SENTENÇA EXEQÜENDA. DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE TERCEIRO JUÍZO, ESTRANHO AO CONFLITO. POSSIBILIDADE. I - E competente para processar a execução de sentença o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, conforme o disposto no art. 575 , II , do CPC , ainda que, posteriormente, norma constitucional estabeleça novas regras de distribuição de competência. Precedentes. II - Admite-se a declaração de competência de terceiro juízo, estranho ao conflito. Precedentes. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de Cuiabá - MT, juízo estranho ao conflito."*

Destarte, em que pese não seja a 4ª Vara Criminal da Comarca de Dourados parte do presente conflito de jurisdição, deve ser declarada a sua competência por se tratar da Vara Especial da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Conclusão:

Ante o exposto, em parte com o parecer, acolho o conflito suscitado, contudo, firmo a competência de terceiro juízo que não figura nos polos do presente conflito, qual seja: a 4ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) para processar e julgar o feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito de jurisdição, nos termos do voto da relatora.

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. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 18 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1601178-49.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – SUSCITANTE O JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CRIMINAL RESIDUAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE E SUSCITADO O JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO FAMILIAR – MULHER QUE AGRIDE OUTRA MULHER COM QUEM TEM ÍNTIMA RELAÇÃO DE AFETO - FIXADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONFLITO PROCEDENTE.

Sujeito ativo da violência pode ser qualquer pessoa vinculada com a vítima, independentemente da identidade ou orientação sexual, conforme o art. 5º, parágrafo único da Lei 11.340/06.

A ênfase da lei não é apenas a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à criação de mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem importar o gênero do agressor que tanto pode ser homem quanto mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Agressões em contexto de ambiente doméstico com mulheres conviventes, onde uma delas é vítima, com vínculo de relação doméstica, familiar e de afetividade, se inserem na competência da vara especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Conflito procedente, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente o conflito de jurisdição.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, em razão de discordar do Juiz de Direito 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar C/ mulher da Comarca de Campo Grande, quanto ao processamento da ação penal n. 0014403-05.2016.8.12.0001.

O suscitante alega que (f. 08-11):

> *"A conduta da acusada, descrita na denúncia, é tipificada como crime de lesões corporais contra sua ex-convivente B. C. L. (CP, art. 129, §9º). [...] Tal conduta é tipificada como crime de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340/2006, art. 5º, III). [...] A Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tem competência única e exclusiva para conhecer e julgar os crimes de violência doméstica e familiar contra a Mulher (CODJ, Resolução 221/94, art. 2º, k c/c Lei 11.340/2006, art. 5º, III). (...) a inexistência de subjugação feminina (alegação genérica), não é requisito definidor da competência. Deste modo, o juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para julgar o presente processo, posto que o crime imputada a acusada foi praticado contra mulher decorrente de violência no âmbito familiar."*

O juízo suscitado, por sua vez, sustenta que (f. 05-07):

> *"(...) No presente caso apura-se delito cometido supostamente pela ex-convivente da ofendida. A ofendida relata que na data dos fatos sua ex-convivente, ora denunciada, disse para ela que não iria deixá-la sair de casa, que tinham um relacionamento de muito tempo, momento em que desferiu um soco na ofendida e seguida tentou lhe tirar da porta, puxando seu pescoço. Nota-se do relato dos fatos a ausência de elementos que evidenciem a subjugação feminina, demonstrada a ausência dos requisitos cumulativos necessários para a incidência da lei especial. Para a configuração de violência doméstica e familiar contra a mulher é indispensável que a vítima esteja em situação de hipossuficiência física ou econômica, em condição de vulnerabilidade, enfim, que a infração penal tenha como motivação a opressão à mulher, o que não se vê nos autos. Assim, para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, além de a vítima ser do sexo feminino, a conduta deve ocorrer entre pessoas que mantêm íntima relação de afeto em que haja preponderância da supremacia do agressor sobre a vítima, de modo que, a circunstância de existir violência contra pessoa do sexo femimino, isoladamente, não atrai a incidência da lei n. 11.340/2006."*

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela procedência do incidente, declarando-se a competência do juízo suscitado (f. 18-23).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, em razão de discordar do Juiz de Direito 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar C/ Mulher da Comarca de Campo Grande**,** quanto ao processamento da ação penal n. 0014403-05.2016.8.12.0001.

Narra a denúncia que:

> *"(...) no dia 06 de Dezembro de 2015, por volta das 10:00 horas, na Rua Descalvado, nº 245, Bairro Jardim Zé Pereira, nesta capital, a denunciada M. J. R. M. ofendeu a integridade física da vítima B. C. L., sua ex-convivente, quando após uma discussão desferiu-lhe um soco em seu rosto e lhe puxou pelo pescoço, causando-lhe lesões corporais, conforme fotografias de p.06-IP e Laudo de Exame de Corpo de Delito de pp.08-09-IP."*

Segundo consta à f. 05-07, o juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher declarou-se incompetente para apurar o crime de lesão corporal, em tese, praticado por M. J. R. M. contra sua convivente B. C. L., razão pela qual determinou que o feito fosse redistribuído a uma das Varas Criminais Residuais, por entender que os fatos apurados não se subsumem às regras da Lei Maria da Penha.

Por sua vez, o Juízo da 6ª Vara Criminal Residual suscitou o presente conflito negativo de competência, sob o fundamento de que existe vínculo afetivo, coabitação entre a denunciada e a vítima, bem como a sua competência cinge-se à análise de crimes praticados contra mulher, independentemente do sexo do sujeito ativo.

Com razão o juízo suscitante.

É cediço que as varas de violência doméstica excepcionam o regime geral, pois a isso mesmo vieram, para introduzir uma disciplina, estrutura e funcionamento mais céleres e eficazes de proteção às vítimas específicas contempladas pela Lei n.º 11.340/06.

A lei prevê, além do âmbito da unidade doméstica, também o âmbito familiar, incluindo-se nesse conceito a comunidade formada por indivíduos que são, ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, como é o caso da lesão corporal ocorrida entre as conviventes M. J. R. M. e B. C. L., o que atrai a competência da vara especial da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Determina a alínea k do art. 2º da Resolução TJMS 21/194, que a competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é absoluta em razão da matéria, *verbis:*

> *"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 nº 525, de 6/6/2007 DJMS, de 14/06/2007.)
>
> *(...)*
>
> *k) a da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher, a competência para processar, julgar e executar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive a execução de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade e as causas cíveis que decorram de crimes dessa natureza, nos termos da Lei 1.340, de 07 de agosto de 2006 e, igualmente, as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na mesma Lei;* (alterada pelo art. 2º da Resolução nº 30, de 6/5/2009 DJMS, de 8/5/2009.)"

A competência do juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é absoluta, pois estabelecida em razão da matéria.

A Lei nº 11.340/06 definiu os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher:

> *"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura-se violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*
>
> *I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*
>
> *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 vontade expressa;*
>
> *III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual."

No caso estão presentes os requisitos cumulativos para a incidência da Lei n.º 11.340/06, quais sejam a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade, pois a agressora é convivente da vítima.

No mesmo norte, observa-se que o motivo que deu azo à conduta propalada pela agressora foi o fato de a vítima pretender terminar o relacionamento entre elas.

O fato de a agressora ser do sexo feminino não descaracteriza a incidência da Lei Maria da Penha, isso porque o sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser o homem, quanto a mulher, em virtude de o parágrafo único do art. 5º da Lei 11.340/06 estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual.

O que interessa destacar no caso é que o sujeito passivo é mulher, neste caso, e assim a violência perpetrada deve ser averiguada fornecendo à mulher enquanto vítima a proteção da Vara Especializada.

No caso as agressões havidas entre mulheres conviventes, com vínculo de relação doméstica, familiar e de afetividade, a competência jurisdicional é da vara especializada.

Ante o exposto, com o parecer, julgo procedente o conflito negativo de competência, declarando a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (juízo suscitado) para o processamento e julgamento da ação penal n. 0014403-05.2016.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito de jurisdição.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, o 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, 22 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0201788-30.2011.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DANO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – DOIS PEQUENOS BURACOS ABERTOS NO BANHEIRO DA CELA – AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DO VALOR DO DANO CAUSADO – CONDUTA QUE ENSEJA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA – INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA – FATO ATÍPICO – RECURSO PROVIDO.

Inexistindo no laudo pericial a apuração do valor do dano, tão somente a descrição dos dois pequenos buracos abertos na parede destinada ao banheiro da cela da delegacia de polícia, revela-se insignificante para o Direito Penal a conduta do agente, sobretudo por ensejar punição na esfera administrativa, notadamente as relacionadas à execução penal. Absolvição decretada. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 18 de outubro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado Aluizio Soares dos Santos foi condenado à pena de 09 meses e 20 dias de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, porque, segundo consta, em dia e horários indeterminados no ano de 2011, juntamente com outros detentos, com o propósito de causar danos ao patrimônio público, fazendo uso de um instrumento denominado "chucho", perfurou a parede do banheiro da cela nº 03, situada na DEPOL.

Irresignado, o sentenciado apela requerendo: a) a absolvição, sob a alegação de não existir prova de que concorreu para a prática da infração penal; b) a absolvição, sob o argumento de que o fato que lhe é imputado é atípico, tendo em vista a inexistência de dolo. Ao final, apresenta prequestionamento.

Em sede de contrarrazões, a ilustre representante ministerial pugnou pelo improvimento do recurso defensivo (f. 407/414).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é no mesmo sentido.

VOTO 18/10/2016

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O acusado Aluizio Soares dos Santos foi condenado à pena de 09 meses e 20 dias de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, porque, segundo consta, em dia e horários indeterminados no ano de 2011, juntamente com outros detentos, com o propósito de causar danos ao patrimônio público, fazendo uso de um instrumento denominado "chucho", perfurou a parede do banheiro da cela nº 03, situada na DEPOL.

Irresignado, o sentenciado apela requerendo: a absolvição, sob a alegação de não existir prova de que concorreu para a prática da infração penal; a absolvição, sob o argumento de que o fato que lhe é imputado é atípico, tendo em vista a inexistência de dolo.

Assiste-lhe razão, embora por motivo diverso do sustentado.

Os fatos articulados na inicial são incontroversos, porquanto o próprio apelante Aluizio, em seu interrogatório extrajudicial (f. 18/19), confessou a prática delituosa, declarando que *"(...) foi o responsável pelo buraco na parte superior; que indagado sobre qual o motivo de ter feito o buraco, o declarante respondeu que pretendia fazer uma saboneteira"*.

Tal confissão, ainda que não tenha sido confirmada em juízo, vez que o apelante não foi encontrado para ser interrogado em juízo, se amolda aos interrogatórios dos demais acusados, os quais foram corroborados pela prova pericial.

Logo, a conduta é formalmente típica.

O mesmo já não se pode dizer quanto ao aspecto material do fato, irrisório e insignificante para ser tutelado pelo Direito Penal. Explico.

Observa-se do laudo pericial acostado às f. 24-29, que sequer houve apuração do valor do dano causado, apenas a descrição dos dois pequenos buracos abertos na parede destinada ao banheiro da cela nº 03 da Delegacia de Polícia Civil de Miranda.

Aliás, embora lamentável e reprovável a conduta praticada por Aluizio, trata-se de mais dois buracos abertos na já destruída cela da delegacia de polícia civil daquela urbe, que, como praticamente todas as demais espalhadas pelos rincões deste país, estão em péssimo estado de conservação, não apenas devido ao descaso por parte da União, mas, sobretudo, pela total falta de recursos.

Destarte, impõe-se a aplicação do referido princípio, seja por se tratar de fato insignificante para o Direito Penal, eis que demonstrado o ínfimo ou nenhum valor do prejuízo causado, bem como a ausência de periculosidade social da ação e de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, seja porque para a conduta praticada do apelante mostra-se mais adequado incidir, se é que já não incidiu, punições administrativas, notadamente as relacionadas à execução da pena.

Posto isso, contra o parecer, dou provimento ao recurso interposto por Aluizio Soares dos Santos, para reconhecer a incidência do princípio da insignificância como causa supra legal de atipicidade e absolvê-lo da imputação do delito previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.

A Sra Desª Maria Isabel de Matos Rocha. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

O elemento subjetivo do tipo não é necessário para a caracterização do crime de dano.

Outrossim, reconhecer como atípica a conduta consistente na destruição de patrimônio público resultaria numa irresponsabilidade social do julgador, com implicações orçamentárias que certamente os defensores da tese referida não irão arcar.

Admitir que qualquer pessoa cause dano ao patrimônio alheio – seja do particular ou da administração pública – sem que haja punição, porque o agente não reconhece o aludido dolo específico, é fazer letra morta à disposição legal, com sérias consequências no âmbito do sistema penitenciário, por exemplo.

Por estas razões, adoto a tese da doutrina que não exige a configuração do dolo específico para a caracterização do crime de dano, consoante ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt [1]:

> *"O elemento subjetivo do crime de dano é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de causar prejuízo a terceiro, não havendo fim especial de agir, em que pese o entendimento de Hungria. Em nossa concepção, é desnecessário o 'concomitante propósito de prejudicar o proprietário' ou do bem ou interesse danificado. A produção de dano é criminalizada porque gera um prejuízo desautorizado a terceiro. Enfim, é necessário que o dano seja um fim em si mesmo."*

De igual forma, não há falar em aplicação do princípio da insignificância ao crime de dano qualificado, na medida em que bem jurídico protegido não é o patrimônio individual, mas sim a tutela de casos em que o prejuízo é coletivo, tanto que tal conduta é tratada como figura qualificada, em razão do legislador considerar o ato como mais gravoso.

A propósito:

> *"1. No caso ora em exame, entendo que não estão preenchidos os requisitos aptos a caracterizarem a atipicidade material da conduta imputada ao réu, tendo em vista a relevância penal da ação por ele praticada, já que, ao danificar bem público enquanto estava sendo preso por cumprimento de mandado de prisão em aberto contra sua pessoa, demonstrou não ter respeito ao patrimônio alheio. Outrossim, o inciso III do art. 163 do Código Penal é claro ao dispor que o dano é qualificado quando o crime é cometido "contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista" e, se a pessoa jurídica que sofreu o dano está incluída dentre as referidas, é inaplicável à espécie o princípio da insignificância."* [2]
>
> *"3 – Atinente ao princípio da insignificância, entendo que não se pode aplicar a todo e qualquer caso o referido instituto, pois seria abrir as portas e possibilidades para que detentos danificassem as unidades prisionais em que estejam acautelados, gerando prejuízos ainda maiores, sem falar nos altos custos já suportados pela administração com a manutenção da população carcerária que a cada dia cresce assustadoramente em nosso Estado e em nossa nação. Isso porque para aplicação do princípio da insignificância deve ser interpretado o caso concreto, levando-se em consideração o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto causado. No caso dos autos, o réu praticou o dano ao quebrar o chuveiro da unidade prisional do CDP de Aracruz, estabelecimento este que estava custodiado cumprindo pena pela acusação do crime de homicídio contra sua ex-companheira, segundo relatos do mesmo. A propósito, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça têm proferido diversas decisões no sentido de inaplicabilidade do princípio da insignificância quando o bem jurídico afetado tem como qualidade de vítima o ente público."* [3]

1 **Código penal comentado.** 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 629.

2 TJMG, Ap 1.0471.13.007917-4/001, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Walter Luiz, j. 13/05/2014, DJ 23/05/2014.

3 TJES, Ap 0002071-46.2009.8.08.0006, 1ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª subst.ª Hermínia Maria Silveira Azoury, j. 02/07/2014, DJ 11/07/2014.

Dessarte, é de se manter a condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Aluizio Soares dos Santos Junior.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. 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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 18 de outubro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0061507-32.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – CONDENAÇÃO – RECURSO DEFENSIVO – ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE ARMA DE FOGO – RÉU TAXISTA QUE PORTAVA A ARMA DE FOGO EM SEU TORNOZELO – DELITO DE PORTE CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RÉU CONFESSO – ATENUANTE RECONHECIDA MAS NÃO APLICADA PELO MAGISTRADO EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NA SÚMULA 231 DO STJ – PENA REDUZIDA *EX OFFICIO* – APELO IMPROVIDO.

Se as provas produzidas nos autos comprovam que o acusado foi flagrado portando ilegalmente a arma de fogo em seu tornozelo, de rigor a manutenção da condenação pela prática do crime previsto no art. 14, da Lei n. 10.826/03, não havendo falar em desclassificação para o delito de posse.

Reconhecida na sentença a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do CP, impõe-se a redução da reprimenda, ainda que a pena-base tenha sido fixada na mínimo legal. Diminuição da pena operada *ex officio*.

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. E de ofício, reduziram a pena. Na decisão de ofício o revisor ficou vencido.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado Juliano da Silva Teixeira foi condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, porque, no dia 13 de abril de 2012, por volta das 02hs15min, no ponto de moto táxi localizado na esquina da Av. Júlio de Castilho com a Rua dos Crisântemos, Bairro Lar do Trabalhador, nesta capital, foi preso em flagrante porque portava um revólver calibre 22, marca Rossi, número de série 67379, municiado com sete cartuchos intactos do mesmo calibre, de uso permitido, mas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformado com a sentença primeva, o acusado apela a esta Corte pleiteando a desclassificação para o delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 12, da Lei 10.826/03.

Em sede de contrarrazões (f. 143-147), o *parquet* pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O acusado Juliano da Silva Teixeira foi condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, bem como ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, porque, no dia 13 de abril de 2012, por volta das 02hs15min, no ponto de moto táxi localizado na esquina da Av. Júlio de Castilho com a Rua dos Crisântemos, Bairro Lar do Trabalhador, nesta capital, foi preso em flagrante porque portava um revólver calibre 22, marca Rossi, número de série 67379, municiado com sete cartuchos intactos do mesmo calibre, de uso permitido, mas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformado com a sentença, o acusado apela a esta Corte pleiteando a desclassificação para o delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 12, da Lei 10.826/03.

A meu sentir, a pretendida desclassificação, tese arguida pela defesa inclusive em alegações finais, não se sustenta.

Quando da prolação da sentença condenatória, o juiz afastou o pedido de desclassificação do crime de porte para posse ilegal de arma de fogo, asseverando:

> *"No tocante à desclassificação para o delito de posse irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei n.º 10.826/03), ao contrário do que alegado pela defesa, é indiferente no caso a circunstância de a arma ter sido localizada dentro do alojamento ou da recepção do ponto de mototaxi no qual o denunciado trabalhava, isto porque ficou evidenciado nos autos que o acusado portava referida arma de fogo porque estava sendo ameaçado de morte, conforme por si mesmo informado quando de seus interrogatórios judiciais (p. 12/13, 42/43 e 83/84 - arquivo de áudio), razão pela qual não há de se falar na desclassificação pretendida, porquanto o fato narrado se amolda perfeitamente ao tipo imputado.*
>
> *Nesta toada, saliente-se que a versão apresentada pelo acusado em juízo no sentido de que a arma ficava guardada no armário trancado quando de lá saía, não é crível, não passando de mera estratégia de defesa na tentativa de desclassificar o crime lhe imputado, sem êxito contudo, pois restou demonstrado que portava arma de fogo por temor por sua vida, tanto que relatou dentre outras situações, que chegou a ser perseguido em via pública, vindo a registrar inclusive boletim de ocorrência* (p. 12/13 e 42/43)."

Tinha ele razão em não desclassificar a conduta.

Insiste a defesa em alegar que o apelante mantinha a arma no seu local de trabalho, sem que, no entanto, a transportasse consigo, de modo que sua conduta estaria tipificada no art. 12, da Lei 10.826/03.

Não é, contudo, o que se denota dos autos, restando claro que o mesmo portava a arma aonde fosse.

Ao ser ouvido em sede inquisitorial (f. 12-13), o réu confessou o delito, afirmando:

> *"(...) Que, indagado se possuía, afirmou e ao ser revistado, foi localizado no tornozelo da perna direita, uma arma de fogo, .calibre .22, da marca Rossi, municiado com*

> *sete munições; (...) Que, o interrogando informa que só por esse motivo passou a andar armado para tentar defender-se, sendo que há umas três semanas passou a ser frequente as ameaças e passou a andar armado."*

Em juízo (f. 83-84), confirmou a versão apresentada durante o inquérito, dizendo que a arma foi encontrada em seu tornozelo. Vejamos:

> *"Depoente: (...) o Marcelo acordou e foi atender, eu fiquei olhando e vi que era a polícia. Me revistaram, não achou a arma. Ai pegou e começou a procurar arma, que queriam a arma, que tinha uma denúncia anônima que eu tava portando a arma. Ai revistou, revistou, procura dali procura daqui, eu retirei a arma e falei: "não, a arma ta aqui".*
>
> *Juiz: Ela estava no seu tornozelo?*
>
> *Depoente: Estava no meu tornozelo."*

E a apreensão da arma de fogo em poder do apelante não foi por acaso.

O policial Ivan Carlos de Freitas afirmou em juízo (f. 83-84):

> *"(...) e aí houve uma denúncia anônima, tivemos uma denuncia anônima de que naquele ponto haveria uma pessoa de nome Juliano, e que ele estaria de posse de uma arma de fogo, que ele utilizava durante as corridas dele. (...) Ele se identificou como a pessoa né, e fizemos uma revista nele, ai localizamos a arma junto ao tornozelo direito dele, pé direito, do Juliano. Um calibre 22."*

Logo, já tinha uma denúncia dando conta que Juliano fazia as "corridas" armado, o que provavelmente adveio de um de seus clientes, de modo que é induvidoso que ele portava arma de fogo, até mesmo porque não é crível que esta ficasse apenas guardada no seu local de trabalho, se o próprio alegou que a utilizava para se defender de supostas ameaças que vinha recebendo.

Sendo assim, não há que se falar em desclassificação do delito de porte para o de posse, uma vez que a conduta do réu encontra-se perfeitamente tipificada no art. 14, de Lei 10.826/06.

Entretanto, há um reparo a ser feito *ex officio* na dosimetria da pena.

Na 2ª fase, o juiz reconheceu a atenuante da confissão espontânea, deixando, contudo, de incidi-la na condenação em atenção ao disposto na Súmula 231 do STJ, adotando uma linha completamente diversa da trilhada por esta relatoria.

A propósito, não obstante o teor da súmula 231 do STJ, que dispõe: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*, há bastante tempo curvei-me ao entendimento do e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, no sentido de que o reconhecimento da atenuante deve reduzir a pena-base, ainda que fixada no mínimo legal, como no presente caso. Isso porque o art. 65 do Código Penal elenca atenuantes que sempre atenuam a pena, de modo que não há falar em limitação à diminuição da pena aquém do mínimo abstrato previsto para o delito.

Segundo o escólio de Cezar Roberto Bitencourt,

> *"(...) deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar a norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo*

> *que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer uma fraude, que viola o princípio da reserva legal.*
>
> *Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita."* (*in* Tratado de Direito Penal, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 602).

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal cominado para o delito.

Assim, reduzo a pena-base em 3 meses de reclusão e 3 dias-multa, quedando-se definitiva em 01 ano e 09 meses de reclusão e 7 dias-multa, ante a ausência de outras causas modificadoras.

Ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso intentando por Juliano da Silva Teixeira, porém, *ex officio*, reduzo a pena imposta nos termos acima.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Revisor)

Em uma detida análise dos autos, acompanho o relator, Des. Romero Osme Dias Lopes para manter a condenação do Apelante pelo delito disposto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03.

Porém, divirjo quanto à redução, *ex officio*, da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, por ofensa à Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se que o julgador singular, à f. 113, reconheceu a existência da atenuante da confissão espontânea e deixou de aplicá-la em virtude da Súmula 231, do STJ *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"* (f. 280).

Com efeito, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, foi reafirmado por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.117.073/PR, do qual transcreve-se a ementa:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.*
>
> *2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.*
>
> *3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código*

Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art.

543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008." (REsp 1117073/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012)

No mesmo sentido trago recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal. II – O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença condenatória para aumentar a fração de redução da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para ¼ (um quarto). A Corte regional deixou de aplicar o redutor no grau máximo permitido por entender que o comportamento do recorrente apresentou um maior grau de reprovabilidade, diferente da conduta das chamadas "mulas", haja vista ter adquirido a droga com seus próprios recursos, para posterior revenda. III – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. IV – A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, o que não ocorreu na espécie. V – Recurso ordinário provido em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente." (RHC 118996, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, Processo Eletrônico DJe-045 Divulg 06-03-2014 Public 07-03-2014)

"DOSIMETRIA. MENORIDADE. ATENUANTE GENÉRICA CONFIGURADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. Inviável acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que, embora reconhecida a menoridade do acusado, não reduziu a sua pena aquém do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância à Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça." (HC 298.123/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 01/10/2014)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 65, I E III, "D", DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XLVI, DA CF/88. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Mostra-se inviável a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência de circunstância atenuante. Inteligência do enunciado 231 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 2. A violação de dispositivos constitucionais não pode ser apreciada em sede de recurso especial, porquanto a análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 547.302/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 24/09/2014)

Some-se a isso, ensina a doutrina que:

"As atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador"[1].

Assim, frisa-se, inviável a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, face a incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do CP.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Juliano da Silva Teixeira, mantendo na íntegra a decisão proferida pelo juízo singular.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.(Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. E de ofício, reduziram a pena. Na decisão de ofício o revisor ficou vencido.

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. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 27 de setembro de 2016.

***

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos Tribunais, 2008. p. 427

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0007683-30.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – REMIÇÃO DE PENA POR ESTUDO – REEDUCANDO QUE FREQUENTOU OS BANCOS ESCOLARES – REQUISITOS DO ART. 126, § 1º, I, DA LEI N.º 7.210/84 – INEXIGIBILIDADE DE APROVEITAMENTO MÍNIMO – DIREITO A REMIÇÃO – PRECEDENTES – RECURSO IMPROVIDO.

O reeducando que frequenta os bancos escolares tem direito à remição da pena, nos termos do disposto no artigo 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal, não necessitando comprovar que o seu aprendizado foi satisfatório, com o aproveitamento escolar mínimo ou a assiduidade na frequência.

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO DEFENSIVO – REMIÇÃO DE PENA POR ESTUDO – REEDUCANDO QUE FREQUENTOU OS BANCOS ESCOLARES – REQUISITOS DO ART. 126, § 1º, I, DA LEI N.º 7.210/84 – INEXIGIBILIDADE DE APROVEITAMENTO MÍNIMO – DIREITO A REMIÇÃO – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO.

O reeducando que frequenta os bancos escolares tem direito à remição da pena, nos termos do disposto no artigo 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal, não necessitando comprovar que o seu aprendizado foi satisfatório, com o aproveitamento escolar mínimo ou a assiduidade na frequência, razão pela qual o agravante deve ter remido 1 dia referente ao 3º bimestre onde estudou 13 horas.

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 do Ministério Público. Por maioria, dar provimento ao recurso de Leandro, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal.

Campo Grande, 22 de novembro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de agravo em execução penal interposto por L. A. da S., f. 32/38, e pelo Ministério Público Estadual, f. 40/45, em face da decisão de f. 15/16, que concedeu parcialmente a remição por estudo ao reeducando.

Em suas razões L. A. da S. afirma que:

> *"Apesar ter sido requerida a remição por estudo, o magistrado de instância singela indeferiu o pedido, sob o argumento de que a agravante não obteve resultados satisfatórios, motivo pelo qual não seria possível conceder a remição das 13 horas estudadas. Todavia, a decisão do juiz a quo se mostra equivocada, senão vejamos. Pela nova redação o artigo 126, caput, e parágrafo 1º, inciso I, da LEP, é assegurado o direito à remição pelo estudo, na proporção de um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em três dias".*

O *parquet* pugna pela reforma do *"decisum agravado, seja a concessão da remição por estudo condicionada a comprovação de frequência e aproveitamento escolar satisfatórios pelo reeducando durante todo o período letivo".*

A decisão foi mantida, à f. 21/22.

Contrarrazões, às f. 83/86 e f. 92/97, pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 101/107, pelo improvimento dos recursos.

VOTO 22/11/2016

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Em suas razões L. A. da S. afirma que:

> *"Apesar ter sido requerida a remição por estudo, o magistrado de instância singela indeferiu o pedido, sob o argumento de que a agravante não obteve resultados satisfatórios, motivo pelo qual não seria possível conceder a remição das 13 horas estudadas. Todavia, a decisão do juiz a quo se mostra equivocada, senão vejamos. Pela nova redação o artigo 126, caput, e parágrafo 1º, inciso I, da LEP, é assegurado o direito à remição pelo estudo, na proporção de um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em três dias".*

O *parquet* pugna pela reforma do *"decisum agravado, seja a concessão da remição por estudo condicionada a comprovação de frequência e aproveitamento escolar satisfatórios pelo reeducando durante todo o período letivo".*

A decisão combatida foi proferida nos seguintes termos, conforme f. 15/16:

> *"1. Pede-se por remição de pena em razão de estudo (fl. 64). Documentos foram juntados às fls. 65/67. Sobreveio manifestação desfavorável do Ministério Público (fls. 72/74).*
>
> *Malgrado o acerto do ilustre Parquet ao manifestar por somente ser possível a remição quando presentes frequência e aproveitamento escolar, tenho ser caso de reconhecimento da remição pleiteada.*
>
> *Com efeito, considerando-se a finalidade do instituto da remição, não basta a frequência, sendo imprescindível o aproveitamento da empreitada escolar.*
>
> *Entretanto, das boas notas obtidas pelo reeducando nos 1º e 2º bimestres (fl. 67), extrai-se satisfatório aproveitamento escolar, impondo-se, a concessão da remição pelo período de frequência escolar informado.*

Eventual reprovação do reeducando, decorrente de desistência ou de posteriores resultados insuficientes, não podem macular os períodos em que empenhou-se e obteve bom rendimento.

Destarte, declaro a remição de 29 (vinte e nove) dias de sua pena, nos moldes do art. 126, §1º, I, e § 8º, da LEP.

Retifique-se o cálculo de fls. 68/70, que previu remição em patamar menor do ora declarado. Feito isso, homologo-o para os devidos fins.

Ao servidor responsável para anotar o próximo benefício, devendo certificar o cumprimento desta determinação nos autos.

Cópia do referido cálculo deverá ser encaminhado ao reeducando mediante entrega à direção do estabelecimento penal ou, se estiver cumprindo pena em meio aberto, diretamente ao reeducando.

2. Sobreveio novo pedido de remição (fl. 78), com base nos documentos de fls. 79/80, que dão conta de haver o reeducando estudado apenas 13 horas em todo o 3º bimestre, período em que obteve resultados insatisfatórios.

Consoante já exposto supra, a remição por estudo requer aproveitamento escolar, o que, evidentemente, não ocorreu in casu, razão pela qual indefiro o pedido telado.

No mais, aguarde-se o regular cumprimento da pena, ressaltando-se que, em tese, o reeducando fará jus à progressão de regime prisional em aproximadamente 02 meses, caso preenchidos os demais requisitos em lei."

A matéria controvertida cinge-se quanto a aplicação do artigo 126 da Lei 7.210/84. Para melhor explanação transcrevo-o:

"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:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1o deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

> *§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1o deste artigo.*
>
> *§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.*
>
> *§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa."*

Da exegese da norma supra, conclui-se que ao reeducando que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto e pleiteia a remição de sua pena pelo estudo não necessita comprovar que o seu aprendizado foi satisfatório, apenas exige a frequência as aulas e, na proporção de sua presença em sala será considerada a remição.

A frequência e as notas são consideradas para a conclusão do curso, sendo que se o agravante concluir o ensino fundamental, médio ou superior, consoante a disposição do artigo 126, §5°, da LEP, será agraciado com mais 1/3 de remição em função de estudo.

Nesse sentido, pode-se concluir que a Lei 12.433/2011, que inseriu a remição da pena pelo estudo, buscou além de agraciar aqueles que estudam durante o cumprimento da reprimenda, incentivá-los a completar esses estudos.

Isso nos faz crer que o legislador prevendo as dificuldades dos reeducandos em encerrar os estudos ou até mesmo os anos letivos, ante a precária perspectiva que compartilham, bonificar aquele que persistiu.

Ora, deixar de remir a pena daquele que, independentemente do motivo, não concluiu os estudos, mas frequentou as aulas é desestimular o reeducando a buscar o aperfeiçoamento intelectual.

Prestigiá-lo com a redução de seu tempo no cárcere ante a sua frequência aos bancos escolares o encorajará a retornar aos estudos e até mesmo concluí-los.

Esta Corte já se manifestou sendo favorável a remição pelo estudo mesmo diante do aproveitamento insatisfatório do reeducando. Vejamos:

> *"EMENT A – AGRAVO CRIMINAL – REMIÇÃO PELO ESTUDO – ARTIGO 126 LEP – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O artigo 126 da LEP apenas exige a frequência escolar apresentada pela direção do presídio para remir a pena do reeducando, sendo que inexiste necessidade de comprovação de boas notas para a concessão do benefício, principalmente, pelo fato de que a execução da pena prima pela ressocialização, agraciando com diminuição do tempo no cárcere aqueles que se esforçam para novas oportunidades na vida."* (TJMS. Agravo de Execução Penal - Nº 1600018-59.2013.8.12.0000 - Dois Irmãos do Buriti. Relator – Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli. Julgado em 4.3.13)
>
> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO DE PENA POR ESTUDO – DEFERIMENTO – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – REEDUCANDO QUE FREQUENTOU OS BANCOS ESCOLARES – REQUISITOS DO ART. 126, § 1º, I, DA LEI N.º 7.210/84 – INEXIGIBILIDADE DE APROVEITAMENTO MÍNIMO – DIREITO A REMIÇÃO – RECURSO IMPRÓVIDO.*
>
> *O reeducando que frequenta os bancos escolares tem direito à remição da pena, nos termos do disposto no artigo 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal, não necessitando*

> *comprovar que o seu aprendizado foi satisfatório, com o aproveitamento escolar mínimo ou a assiduidade na frequência."* (Agravo de Execução Penal - Nº 0002472-55.2014.8.12.0007 – Cassilândia; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Data do Julgamento: 25 de novembro de 2014; Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal)

Em todos esses termos, tenho como necessária a manutenção da decisão de remição da pena do reeducando na proporção de sua frequência aos bancos escolares, inclusive referente ao 3º bimestre onde L. A. da S. estudou 13 horas.

Registro que quanto ao prequestionamento, a matéria foi debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial, e dá-provimento ao recurso de L. A. da S. para conceder a remição por Estudo de 1 dia referente ao 3º bimestre onde estudou 13 horas.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

A Sra. Des. Maria Isabel de Matos Rocha. (2º Vogal)

Trata-se de agravo de execução penal interpostos por L. A. da S. e Ministério Público Estadual em face da decisão (f. 15/16) que concedeu parcialmente a remição por estudo ao reeducando.

Irresignado, L. A. da S. pugna pela reforma da decisão, requerendo a remição de 01 (um) dia por estudo. Afirma que apesar ter sido requerida a remição por estudo, o magistrado de instância singela indeferiu o pedido, sob o argumento de que a agravante não obteve resultados satisfatórios, motivo pelo qual não seria possível conceder a remição das 13 horas estudadas. Todavia, a decisão do juiz a quo se mostra equivocada, senão vejamos. Pela nova redação o artigo 126, *caput*, e parágrafo 1º, inciso I, da LEP, é assegurado o direito à remição pelo estudo, na proporção de um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em três dias

De outro vértice, o Ministério Público Estadual pugna pela reforma da decisão agravada, para que a concessão da remição por estudo seja condicionada à comprovação de frequência e aproveitamento escolar satisfatórios pelo reeducando durante todo o período letivo.

O i. Relator conheceu dos recursos, sendo que:

Ao recurso ministerial – negou provimento

Ao recurso defensivo – deu provimento.

Peço vênia para divergir do i. Relator, eis que, entendo ser o caso de negar provimento a ambos os recursos. Explico.

O magistrado singular, na decisão de f. 15/16 deferiu a remição de 29 (vinte e nove) dias da pena em virtude de estudo (Art. 126, § 1º, I, da Lei nº 7.210/84), bem como indeferiu a remição de 1 (um) dia de pena, em virtude da não comprovação do aproveitamento escolar do reeducando. Tendo ponderado o que segue (f. 15/16):

"Decisão.

1. Pede-se por remição de pena em razão de estudo (fl. 64). Documentos foram juntados às fls. 65/67. Sobreveio manifestação desfavorável do Ministério Público (fls. 72/74).

Malgrado o acerto do ilustre Parquet ao manifestar por somente ser possível a remição quando presentes frequência e aproveitamento escolar, tenho ser caso de reconhecimento da remição pleiteada.

Com efeito, considerando-se a finalidade do instituto da remição, não basta a frequência, sendo imprescindível o aproveitamento da empreitada escolar.

Entretanto, das boas notas obtidas pelo reeducando nos 1º e 2º bimestres (fl. 67), extrai-se satisfatório aproveitamento escolar, impondo-se, a concessão da remição pelo período de frequência escolar informado.

Eventual reprovação do reeducando, decorrente de desistência ou de posteriores resultados insuficientes, não podem macular os períodos em que empenhou-se e obteve bom rendimento.

Destarte, declaro a remição de 29 (vinte e nove) dias de sua pena, nos moldes do art. 126, §1º, I, e § 8º, da LEP. (...)

2. Sobreveio novo pedido de remição (fl. 78), com base nos documentos de fls. 79/80, que dão conta de haver o reeducando estudado apenas 13 horas em todo o 3º bimestre, período em que obteve resultados insatisfatórios.

Consoante já exposto supra, a remição por estudo requer aproveitamento escolar, o que, evidentemente, não ocorreu in casu, razão pela qual indefiro o pedido telado."

Infere-se dos autos que, no primeiro pedido de remição formulado pela defesa do agravante L. A. da S., restou comprovado que este frequentou 349 (trezentos e quarenta e nove) horas de estudo durante dois bimestres do ano letivo de 2013, obtendo 82% (oitenta e dois por cento) de frequência, bem como notas satisfatórias, logo, demonstrando seu bom aproveitamento escolar, essencial à função ressocializadora do benefício (f. 48/51).

Quanto ao segundo pedido de remição, o agravante comprovou que durante todo um bimestre, o reeducando frequentou apenas 13 horas de estudo, acumulando 212 faltas, com a consequente diminuição da porcentagem de frequência para 61% (sessenta e um por cento), e a queda vertiginosa de seu aproveitamento escolar, de modo que aproveitou pouquíssimo do bimestre cursado, negligenciando quase que totalmente a oportunidade concedida para se ressocializar e reduzir sua pena (f. 55/57).

A matéria recursal se cinge a possibilidade de deferir a remição por estudo, ainda que o reeducando não tenha atingido aprovação escolar, em decorrência das notas abaixo da média obrigatória para o curso.

O advento da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, disciplinou o que já era afirmado pela jurisprudência, na Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça: *"A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto"*, e reescreveu o artigo 126 da Lei de Execução Penal, incluindo o estudo como uma das formas de remição de pena:

"Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º - A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

> *I- 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional divididas, no mínimo, em 3 (três) dias". (...)".*

Assim, o que era mera criação jurisprudencial, passou a ser legal com o advento da Lei nº 12.433/11, que estabeleceu regras claras a respeito da remição pelo estudo, inclusive sobre a fórmula de cálculo.

Portanto, torna-se possível, desde que atendidos os requisitos especificados na lei, o deferimento da remição com base em horas de estudo.

Do agravo ministerial.

Requer o *Parquet*, a reforma da decisão citada no sentido de submeter a concessão dos 29 (vinte e nove) dias de remição pelo estudo à comprovação de frequência e aproveitamento escolar de todo o período letivo, o que não ocorreu em virtude do pedido de remição ter sido formulado durante o ano letivo. Logo, o *Parquet* requereu a não concessão do benefício da remição.

Inviável tal pretensão, por motivos óbvios, eis que o pedido de remição foi formulado no decorrer do ano letivo.

Do agravo defensivo.

Requer a defesa a reforma da decisão, para tanto afirma que "*apesar ter sido requerida a remição por estudo, o magistrado de instância singela indeferiu o pedido, sob o argumento de que a agravante não obteve resultados satisfatórios, motivo pelo qual não seria possível conceder a remição das 13 horas estudadas*."

Não assiste razão à defesa.

A remição por estudo exige, não apenas a frequência à escola, mas também o bom aproveitamento nos estudos.

Há de se analisar a assiduidade e o aproveitamento do curso, pois são requisitos objetivos a considerar para o deferimento da remição, pois a falta de assiduidade demonstra o desinteresse do apenado na atividade, e a falta de aproveitamento mostra o mesmo, o que vai contra o intuito ressocializador da pena

De outro vértice, tenho que a análise desses pedidos deve ater-se ao período em que o reeducando efetivamente frequentou o curso e não a todo o período letivo, de modo que possa ser aproveitado, para a concessão do benefício, aquele período em que efetivamente compareceu à sala de aula desde que comprovado que, naquele ínterim, ainda que insuficiente para ensejar sua aprovação no ano letivo, tenha obtido bom aproveitamento

Por várias vezes tenho reconhecido tal benefício, mesmo quando ocorre apenas aproveitamento parcial, relativo a períodos do ano letivo.

Parece-me também defensável que, quando haja frequência mínima, sem aproveitamento mínimo, ou aproveitamento mínimo, mesmo sem frequência mínima, ainda poderia ser relativizado cada um desses requisitos, desde que o outro estivesse presente, verificando-se caso a caso.

Porém, no caso, não estão presentes o requisito mínimo de aproveitamento no período requerido, requisito que a meu ver constitui intrínseco elemento essencial do que se entende por "estudo".

Parece-me, pois, acertada a decisão do o juízo singular.

O instituto tem como objetivo incentivar o sentenciado a estudar e promover-se, cumprindo a finalidade essencial da execução da pena.

O intuito da legislação foi o de incentivar o sentenciado não somente a estudar, mas também obter aproveitamento, e, se isso for irrelevante, por via oblíqua representará desestímulo aos demais reeducandos que dedicam-se ao estudo com esforço e autodisciplina, preparando-se para reingressar na sociedade, cumprindo adequadamente a finalidade essencial da execução pena.

Não havendo, no caso, a comprovação do aproveitamento escolar do agravado, nem da assiduidade mínima, inviável a concessão do benefício da remição, por não alcançar a finalidade a que se destina o benefício pleiteado.

Nesse sentido, entendimento da jurisprudência:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO. CURSOS COMO HORAS DE TRABALHO. FREQÜÊNCIA EFETIVA. NÃO COMPROVAÇÃO. O apenado interpôs pedido de remição de pena pelos estudos, tendo sido remido 29 dias pela juíza a quo. Pois bem, a questão a ser sanada é a condição imposta ao apenado de obter um bom aproveitamento em seus estudos, para fins de concessão do benefício. Neste Tribunal de Justiça é majoritário o entendimento da necessidade de demonstração do aproveitamento do estudo para fins de obtenção do benefício. Também compartilho desse entendimento, pois a reinserção social do apenado, objetivo desta medida, só será obtida se houver um bom aproveitamento nos estudos, que deve ser demonstrado, sobretudo, pelo número de horas-aula total do curso, confrontado com o número de horas-aula efetivamente freqüentado pelo recorrente, ou seja, necessário seja demonstrada a assiduidade do apenado. Aliado a isso, deve ser avaliado o interesse, comportamento e aproveitamento do reeducando. Voltando ao caso concreto, vejo que não foi juntado aos autos nenhum tipo de documento que comprovasse a quantidade de horas-aula assistidas pelo apenado e tão pouco seu aproveitamento. Agravo improvido."* (Agravo Nº 70034291138, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 28/04/2010).

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO REMIÇÃO EXTENSÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 126 DA LEP CURSOS REGULARES REQUISITOS FREQÜÊNCIA EFETIVA APENADO QUE NÃO OSTENTA BOM APROVEITAMENTO INDEFERIMENTO. Admissível a extensão analógica do benefício da remição artigo 126 da LEP , às atividades educacionais desenvolvidas pelo apenado, durante o cumprimento da pena. Contudo, necessário que comprovados os requisitos objetivos de efetiva freqüência, aproveitamento, número de horas, observado o critério mínimo, conforme o artigo 33 da LEP. Apenado que apresenta baixa assiduidade, pouco interesse e cooperação em sala de aula, não faz jus a remição. Negado provimento."* (Agravo Nº 70022943039, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 13/03/2008)*."*

Válida a transcrição do Parecer, o qual cito como razões de decidir, extraindo-se (f. 101/107):

> *"A assiduidade e o aproveitamento do curso são, portanto, requisitos objetivos necessários para o deferimento da remição, pois a falta de assiduidade e de aproveitamento demonstram o desinteresse do apenado na atividade, o que vai de encontro ao intuito ressocializador da pena, (artigo 1º da LEP) e ao próprio benefício da remição.*
>
> ***Portanto, a matéria não exige maiores digressões, devendo a decisão agravada ser mantida, visto que o agravante Leandro satisfez, nos dois primeiros bimestres de 2013, os requisitos necessários para o deferimento da remição, demonstrando dedicação e aproveitamento.***

> ***Em contrapartida, no terceiro bimestre do mesmo ano, negligenciou seus estudos e não mais preencheu os requisitos necessários para o deferimento da remição, restando correta a interpretação do Julgador a quo, razão pela qual os agravos de execução devem ser improvidos****."* Grifo nosso

Conclusão:

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos agravos interpostos pelo Ministério Público Estadual e por L. A. da S.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Ministério Público. Por maioria, deram provimento ao recurso de L. A. da S., nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal.

Presidência do Exmo. Sr. 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, 22 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000231-32.2012.8.12.0055 - Sonora
Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEICULO AUTOMOTOR E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO – RECURSO PROVIDO.

A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis para a prática do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.

É possível a substituição da pena restritiva de direito de prestação pecuniária da condenação pelo crime de embriaguez ao volante por outra que da mesma forma cumpra suas finalidades, com o incentivo da ressocialização, reprovação e prevenção do delito.

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, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de novembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Israel da Silva Ortiz interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da comarca de Sonora que o condenou pela prática dos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303, do CTB) e embriaguez ao volante (art. 306, do CTB), em concurso material, às penas de 1 ano de detenção, em regime aberto e suspensão do direito de dirigir pelo mesmo período, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação pecuniária no valor de sete salários mínimos.

Requer a absolvição quanto ao delito de lesão corporal, com fulcro no art. 386, I e III, do CPP, bem como pugna pela alteração da pena restritiva de direito de prestação pecuniária para prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana, alegando que se encontra desempregado, sem qualquer renda, não tendo condições financeiras de cumprir tal modalidade de pena alternativa (p. 196-206).

As contrarrazões foram apresentadas (p. 221-233).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 241-253).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Israel da Silva Ortiz contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da comarca de Sonora que o condenou pela prática dos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303, do CTB) e embriaguez ao volante (art. 306, do CTB), em concurso material, às penas de 1 ano de detenção, em regime aberto e suspensão do direito de dirigir pelo mesmo período, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação pecuniária no valor de sete salários mínimos.

Requer a absolvição quanto ao delito de lesão corporal, com fulcro no art. 386, I e III, do CPP, bem como pugna pela alteração da pena restritiva de direito de prestação pecuniária para prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana, alegando que se encontra desempregado, sem qualquer renda, não tendo condições financeiras de cumprir tal modalidade de pena alternativa (p. 196-206).

As contrarrazões foram apresentadas (p. 221-233).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 241-253).

Narra a denúncia que no dia 11 de fevereiro de 2012, por volta das 4h, o ora recorrente conduzia um veículo Toyota Corolla, na rua Aroeiras, próximo ao "Clube da Usina", na cidade de Sonora, vindo a chocar-se com um veículo VW/Saveiro, conduzido por Manoel Firmino, que trafegava em direção contrária.

Constatou-se que ambos condutores encontravam-se embriagados, sendo submetidos ao teste do bafômetro que confirmou a concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas. Ambos foram denunciados pelo crime do art. 306, do CTB.

Consta que Israel da Silva invadiu abruptamente a pista contrária, causando lesões corporais em Manoel Firmino.

O feito foi desmembrado porque Manoel Firmino não foi localizado (p. 105).

Encerrada a instrução sobreveio sentença condenatória contra o ora recorrente, nos termos acima mencionados.

O pedido absolutório pelo crime de lesão corporal na direção de veículo automotor deve ser acolhido.

Embora seja incontroverso que houve um acidente, que os condutores de ambos os veículos estavam embriagados e que foi o ora recorrente quem invadiu a mão contrária da via para desviar de um veículo que estava estacionado, vindo a colidir com o automóvel da vítima, não há provas suficientes de que tal conduta ocasionou lesões na vítima.

A vítima, que também foi denunciado pelo crime de embriaguez ao volante, não foi encontrada para ser ouvida, inclusive sendo desmembrado o feito quanto a acusação que recai sobre a mesma (p. 105).

Os policiais que atenderam a ocorrência, únicas testemunhas ouvidas em juízo, não foram claros em afirmar se constataram lesões aparentes na vítima (p. 122, 147).

O réu, por sua vez, afirma em seu interrogatório que não visualizou nenhuma lesão aparente na vítima (p. 147).

Há somente uma declaração médica realizada em um receituário médico, datado no mesmo dia dos fatos, afirmando que *"o paciente Manoel Firmino Barbosa foi atendido e apresenta escoriações na região (não legível) direita e região (não legível)"*. (p. 34).

Além de não ser possível identificar por tal documento quais as regiões apresentavam escoriações, não há indicação de que tais escoriações tenham sido produzidas pelo acidente (embora possa se presumir pela data do atendimento), bem como não foi produzido por perito oficial e nem por duas pessoas nos moldes estabelecidos no art. 159, do CPP.

Sendo assim, não vislumbro um conjunto probatório apto a manter a condenação do ora apelante pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Isso porque, *"ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal"* (Aury Lopes Júnior. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Resta, portanto, apenas a condenação pelo crime de embriaguez ao volante, cujo objeto de impugnação pelo recorrente reside apenas na alteração da pena restritiva de direito, substitutiva da pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade pela condenação decorrente da prática do crime do art. 306, do CTB, foi fixada em 6 meses de detenção, e suspensão do direito dirigir pelo tempo da pena corporal fixada (p. 182).

Na substituição da pena realizada considerando a pena corporal de um ano pelo concurso material com o crime de lesão corporal culposa, condenação ora afastada, fora estabelecida uma pena restritiva de direito, consistente em uma prestação pecuniária no valor de sete salários mínimos (p. 182).

Ante a absolvição por um dos delitos e redução da pena definitiva, tal penalidade deveria ser reduzida na mesma proporção, para 3 salários mínimos e meio, entretanto, deve ser acolhido o pedido de alteração da pena alternativa.

Deve-se considerar que a pena possui caráter ressocializador e não apenas sancionador.

Não vislumbro razoabilidade na exigência de cumprimento da pena de prestação pecuniária, enquanto outra pode estabelecida em observância aos objetivos que regem a execução penal, de efetivação das disposições da decisão criminal e de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º, da Lei n. 7.210/84), especialmente considerando a declaração de hipossuficiência do réu.

Assim, se é possível a substituição da pena restritiva de direito de prestação pecuniária por outra que da mesma forma cumpra suas finalidades, com o incentivo da ressocialização, o pedido deve ser deferido.

Na hipótese, não é cabível a prestação de serviços à comunidade, ante a pena não ser superior a seis meses (art. 46, do CP).

In casu, substituo a pena privativa de liberdade fixada na condenação pela prática do crime de embriaguez ao volante, de 6 meses de detenção, em regime aberto, por uma restritiva de direito consistente em limitação de fim de semana, nos termos do art. 48, do CP, cujas condições e local de prestação devem ser estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso de Israel da Silva Ortiz a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime do art. 303, do CTB (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor), com fulcro no art. 386, VII, do CPP, bem como alterar a pena restritiva de liberdade substitutiva da pena corporal da condenação que remanesce, pelo crime do art. 306, do CTB (embriaguez ao volante), para limitação de fim de semana, pelo mesmo prazo, cujas condições e local de prestação devem ser estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0013984-84.2013.8.12.0002 - Dourados
Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – EXPOSIÇÃO À VENDA CULPOSA DE PRODUTO SANEANTE SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE – ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE, FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE – ABSOLVIÇÃO – DESACATO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO DOLO ESPECÍFICO DE DESPRESTIGIAR FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

O Direito Penal é medida de *ultima ratio* e somente pode ser empregado quando se verificar, de forma induvidosa, ataque intolerável a bens jurídicos tutelados (princípio da ofensividade), os quais necessariamente devem ser bastante relevantes para exigir essa proteção máxima que se encontra à disposição do Estado (princípio da fragmentariedade), desde que os demais meios de controle se mostrem concretamente insuficientes para regular a conduta indesejada (princípio da subsidiariedade).

A exposição à venda de água sanitária sem ter o recorrente o cuidado de observar se o produto, sabidamente de uso comum, não tinha registro no órgão fiscalizador, não se enquadra materialmente ao crime tipificado no art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º, do Código Penal, tampouco conclama a atuação do Direito Penal em concreto, ainda mais porque já responsabilizado na seara administrativa.

O crime de desacato exige a comprovação inequívoca do dolo específico do agente em desprestigiar funcionário público no exercício da sua função. A duvida quanto a esse requisito desata-se em favor do réu.

Recurso provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Rafael Toshio Sakai, intermediado por advogado constituído, interpõe apelação criminal (p. 194-202), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca

de Dourados (p. 186-188), que o condenou a 1 ano e 6 meses de detenção, em regime aberto, mais 10 dias-multa, à razão unitária mínima, com a conversão da corporal em restritivas de direitos, em razão da prática dos crimes tipificados no art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º (exposição à venda de produto saneanente sem registro no órgão de vigilância sanitária competente) e no art. 331 do Código Penal (desacato), todos do Código Penal.

Pede a defesa, em suma, a absolvição em ambos os delitos

Destaca, para tanto, que o recorrente expunha à venda apenas matéria-prima destinada à fabricação de saneante, e tal insumo dispensa registro na ANVISA de acordo com a RDC nº 128/2002.

Por outro lado, aduz que o apelante nunca teve a intenção de rebaixar os funcionários públicos, de modo que não resta caracterizado o desacato, pela ausência do elemento subjetivo específico exigido pelo tipo.

Mantida a condenação, pugna pela redução das restritivas de direitos impostas em substituição à pena corporal, alegando desproporção.

As contrarrazões ministeriais (p. 211-219) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 224-238), vertem-se pelo não provimento do apelo.

Caso não prevaleçam seus respectivos entendimentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 220).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Rafael Toshio Sakai, intermediado por advogado constituído, interpõe apelação criminal (p. 194-202), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (p. 186-188), que o condenou a 1 ano e 6 meses de detenção, em regime aberto, mais 10 dias-multa, à razão unitária mínima, com a conversão da corporal em restritivas de direitos, em razão da prática dos crimes tipificados no art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º (exposição à venda culposa de produto saneanente sem registro no órgão de vigilância sanitária competente) e no art. 331 do Código Penal (desacato), todos do Código Penal.

Narrou a acusação os seguintes fatos delituosos:

> *"(...) 1.º Fato*
>
> *No dia 06 de setembro de 2011, por volta de 10h30min, no estabelecimento comercial denominado 'Mult Limp' (RT Sakai & Cia Ltda), situado na Rua Albino Torraca, n.º 561, Jardim América, em Dourados/MS, o denunciado Rafael Toshio Sakai, de forma livre e voluntária, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, agindo de maneira manifestamente negligente, expôs à venda saneantes sem registro exigível no órgão de vigilância sanitária competente.*
>
> *Na ocasião, durante inspeção de rotina realizada pela Vigilância Sanitária de Dourados/MS no estabelecimento comercial do denunciado, constatou-se a exposição à venda de produtos saneantes domissanitários sem o exigível registro na Agência Nacional*

de Vigilância Sanitária (Autarquia vinculada ao Ministério da Saúde), a saber: a) 09 (nove) frascos, cada qual com 05 l (cinco litros), de saneantes à base de hipoclorito de sódio com indicação para purificação de água, desinfecção industrial, doméstica e hospitalar; b) 06 (nove) frascos, cada qual com 02 l (dois litros), de saneantes à base de hipoclorito de sódio com indicação para purificação de água, desinfecção industrial, doméstica e hospitalar.

O crime foi cometido em sua modalidade culposa, decorrente da ausência de atenção ou diligência do denunciado no que concerne à fiscalização acerca do registro, em órgão da Vigilância Sanitária, dos referidos produtos, que, na data dos fatos, se encontravam expostos à venda em seu estabelecimento comercial.

A materialidade e autoria dos delitos estão comprovadas, para efeito de oferecimento e recebimento de denúncia, diante do Auto de Infração n.º 1052 (f. 09/26), Termo de Apreensão n.º 16201 (f. 25), Parecer Técnico referente ao Auto de Infração respectivo (f. 27) declarações do denunciado (f. 51-52), depoimentos e demais elementos ajoujados.

2.º Fato

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar do supramencionado fato, o denunciado Rafael Toshio Sakai, de forma livre e voluntária, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desacatou funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

Na oportunidade, ao ser abordado por fiscais da Vigilância Sanitária quanto à comercialização de saneantes domissanitários sem o exigível registro, o denunciado passou a questionar, desrespeitosamente, a ação dos aludidos fiscais, referindo que os últimos estariam a perseguir a sua empresa em detrimento de outras do ramo, insinuando aos fiscais que os mesmos iriam usar os produtos objeto da autuação para lavar a calçada da Vigilância Sanitária e, ainda, acusando os tais, sem qualquer conexão com os fatos, de estarem a utilizar, indevidamente, produto 'limpa-pedra' que com procurar a chefia da Vigilância Sanitária para as providências necessárias, proferiu que o chefe dos fiscais deveria ser o motorista que lhes acompanhava na ocasião, nitidamente com o fim de desacatar os funcionários públicos.

O parecer técnico de f. 16 explicitou as versadas palavras proferidas em tom agressivo pelo denunciado em face dos fiscais da Vigilância Sanitária, com algumas adicionais, tais como: 'Vocês não fiscalizam os outros estabelecimentos' ; 'Vocês estão nos perseguindo'; 'Vocês devem estar utilizando o limpa-pedra que eu levei lá (objeto de denúncia); 'Vocês vão usar os produtos apreendidos para lavar a calçada da Vigilância Sanitária'; 'Vocês não tem chefe, que deve ser o motorista'; 'Já que vocês estão autuando, por que não chamam a Polícia?'; 'Coloca aí o artigo número tal também'.

A materialidade e autoria dos delitos estão comprovadas, para efeito de oferecimento e recebimento de denúncia, diante do Auto de Infração n.º 0854 (f. 08/15), Parecer Técnico referente ao Auto de Infração respectivo (f. 16), depoimentos e demais elementos ajoujados.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Rafael Toshio Sakai como incurso nas sanções do artigo: a) 273, § 1.º-B, inciso I, e § 2.º, do Código Penal; b) 331 do Código Penal. Tudo na forma do artigo 69 do Codex Penalista (...)"

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado nos moldes alhures mencionados.

Pede a defesa, em suma, a absolvição em ambos os delitos

Destaca, para tanto, que o recorrente expunha à venda apenas matéria-prima destinada à fabricação de saneante, e tal insumo dispensa registro na ANVISA de acordo com a RDC nº 128/2002.

Por outro lado, aduz que o apelante nunca teve a intenção de rebaixar os funcionários públicos, de modo que não resta caracterizado o desacato, pela ausência do elemento subjetivo específico exigido pelo tipo.

Mantida a condenação, pugna pela redução das restritivas de direitos impostas em substituição à pena corporal, alegando desproporção.

As contrarrazões ministeriais (p. 211-219) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 224-238), vertem-se pelo não provimento do apelo.

Caso não prevaleçam seus respectivos entendimentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 220).

Ao recurso deve se dar provimento, a fim de se absolver o recorrente pela aplicação do princípio da subsidiariedade, em ambos os crimes.

Com efeito, o primeiro dos delitos imputados ao recorrente está descrito no art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º, do Código Penal, que tem a seguinte redação:

> ***"(...) Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:***
>
> *Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.*
>
> *§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.*
>
> ***§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.***
>
> *§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:*
>
> ***I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;***
>
> *(...)*
>
> *Modalidade culposa*
>
> ***§ 2º - Se o crime é culposo:***
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (...)"* (Destaquei)

Sobre o tipo penal em questão, o ilustre Cezar Roberto Bitencourt[1] tece ferrenhas críticas, mencionando a falta de técnica do legislador que, em desrespeito ao princípio da taxatividade, ampliou, no § 1º - A do art. 273 do CP, indevidamente o âmbito de incidência penal para produtos não destinados *"a fins terapêuticos ou medicinais"* a que remete o *caput* do mesmo dispositivo legal.

1 *in* **Tratado de direito penal**, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

Adverte também o grande risco de se permitir a criação de um tipo penal de risco abstrato que, não necessariamente, protege um bem jurídico tutelado, algo agressivo ao princípio da ofensividade. *"Em outros termos, para que essa modalidade de crime supere os questionamentos sobre sua duvidosa constitucionalidade, é necessário demonstrar a idoneidade da conduta realizada para produzir potencial dano ao bem jurídico protegido. Esse aspecto poderá ser aferido, concretamente, no âmbito do crime ora analisado, em função da perigosidade (das condutas tipificadas) à saúde de um número indeterminado de pessoas"*.

O doutrinador continua a dura censura argumentando que:

> *"(...) O equívoco do legislador penal, nesse aspecto, é evidente, em primeiro lugar porque equipara, inclusive para efeito de aplicação de pena, os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais àqueles que não são de imediata aplicação profilática, curativa, nem paliativa, mas que somente de forma indireta podem destinarse à finalidade terapêutica ou medicinal. Referimo-nos às matérias-primas e insumos farmacêuticos, que possam vir a ser objeto de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração ou, nessas condições, sejam importados, vendidos, expostos à venda, depositados para a venda, distribuídos ou entregues a consumo. Em segundo lugar, pode-se afirmar que esse equívoco do legislador agrava-se ao equiparar os cosméticos e saneantes aos produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Com efeito, a impropriedade aqui é ainda mais gritante porque referidos produtos não estão destinados, nem mesmo indiretamente, à prevenção ou à cura de doenças, isto é, não se destinam a fins terapêuticos ou medicinais, como determina o caput do dispositivo sub examen. Logo, a inclusão desses produtos inócuos deturpa o sentido da proibição do injusto específico do art. 273, inclusive no que diz respeito à fundamentação do merecimento e necessidade de penas tão elevadas quanto as previstas para este crime.*
>
> *Com efeito, a Lei n. 9.677/98 elevou, absurdamente, a pena de prisão de um a três anos para dez a quinze anos de reclusão, mantendo a multa cominada. Referida lei criou outras figuras típicas, incluindo-as no caput e nos respectivos parágrafos. Por fim, a Lei n. 9.695/98 classificou estes crimes como hediondos, incluindo-os no rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90, agravando, consequentemente, não somente a pena de prisão, mas também os meios investigatórios/repressivos e os regimes de cumprimento de pena. O extremo rigor com que o legislador visa punir as ações que recaem sobre produtos propriamente destinados a fins terapêuticos e medicinais, em si mesmas difíceis de aceitar com base no princípio da proporcionalidade, pode ser visto como uma medida absurda, desproporcional e arbitrária quando dizem respeito a loções cremosas, preparados para unhas, detergentes ou desinfetantes, no particular, absolutamente inofensivas. Especialmente porque, quanto a esses, o legislador penal não fez qualquer ressalva acerca da necessidade de constatação da produção de um perigo concreto para a saúde das pessoas."* (destaquei)

In casu, partilho integralmente do entendimento acima e, em que pese o posicionamento do colega de primeira instância, não vejo como prosperar a condenação do apelante pela exposição à venda de produtos domissanitários, ou seja, destinados à higienização domiciliar[2].

Isso porque tais produtos não possuem relação alguma com a finalidade terapêutica ou medicinal a que alude o *caput* do art. 273 do CP e, de outro lado, não oferecem riscos ao bem jurídico tutelado pela norma, que é a saúde pública.

Aliás, o composto químico dos produtos saneantes apreendidos, embora tenha nome rebuscado hipoclorito de sódio, está longe de ser estranho à população, que o conhece como água sanitária, mercadoria essa que é vendida em qualquer supermercado e, a rigor, é inofensiva.

2 De acordo com o parecer técnico de p. 22, *"saneantes à base de hipoclorito de sódio sem registro e saneantes notificados com os dizeres 'bactericida', 'desinfetante' e 'germicida'"*.

Vale apontar, outrossim, que a prática delitiva se deu na modalidade culposa, havendo o acusado exposto à venda produto de limpeza sem a atenção ou diligência no que concerne à fiscalização do respectivo registro no órgão da Vigilância Sanitária, conduta que não pode ser considerada reprovável ao ponto de atrair a incidência do Direito Penal, sabidamente de *ultima ratio*.

Referida exegese decorre da aplicação do princípio da fragmentariedade, o qual, como já tive a oportunidade de apontar, "*parte da ideia do direito ter condições de oferecer às variadas espécies de bens jurídicos, proteção diferenciada, tal qual ocorre com o direito civil, ambiental, comercial, penal e outros...a tutela penal deve ser excepcionada para as situações mais extremas de perturbação do convívio social (...)*" (Estudos Contemporâneos de Direito Público em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Coordenação: Carlos Eduardo Contar e outros, SP: Ed. Pillares, p. 428).

É fruto também do princípio da subsidiariedade, que exige a insuficiência dos outros ramos do direito na proteção de bem jurídico tutelado para legitimar a incidência concreta do Direito Penal, instrumento final para repelir condutas ofensivas indesejadas.

Na hipótese, a situação se escancara definitivamente como indevida pelo fato de que o acusado foi responsabilizado na seara administrativa com a pena de multa (p. 12-13; 45), tanto pela exposição dos produtos à venda, como também pelo desacato, conforme a previsão contida nos artigos 341 e 344 do Código Sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul, Lei n. 1293/92 e, ao que consta dos documentos colacionados às p. 57-58, já pagou a referida multa.

Assim, por considerar que a conduta do recorrente não se enquadra no delito do art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º, do Código Penal, solução outra não há senão absolvê-lo pelos fundamentos alinhavados.

Destaco que o interrogatório do acusado não é suficiente para evidenciar que a apreensão foi de matéria-prima e não de saneantes, uma vez que foi expressamente registrado no parecer técnico de p. 22 que estes eram à base de hipoclorito de sódio, a evidenciar que se tratavam de produtos do fim da cadeia produtiva.

Quanto ao desacato, sem incursionar na discussão sobre a sua constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito e nos limites da liberdade de expressão, anoto ser pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o tipo penal do art. 331 do CP exige elemento subjetivo específico do agente, no sentido de humilhar, menosprezar ou ridicularizar funcionário público no exercício de sua função, o que, aparentemente, não ocorreu no caso telado, a despeito da exaltação do recorrente em questionar a atuação dos agentes da vigilância sanitária.

Afinal, é preciso *"cautela quando o agente estiver descontrolado ou profundamente emocionado ou irado, pois, nessa hipótese, pode (embora não deva ser regra geral) não se configurar a vontade de depreciar a função pública – o que está ínsito ao conceito de desacato".* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014).

Ora, o recorrente acreditou equivocadamente estar sendo injustiçado e perseguido pelos vigilantes sanitários, tanto que lhes pediu que colocasse na atuação os dispositivos legais em que esta se fundaria e, até mesmo, sugeriu que chamassem a polícia, algo não cogitável aos que sabem estar em situação irregular. Da mesma forma, sentindo-se estupefato em razão de pensar que somente o seu estabelecimento estaria sendo fiscalizado e, mais, autuado por um produto relativamente comum sem registro, não é difícil levantar uma hipótese de perseguição ou de destinação indevida para os produtos apreendidos. Noutro giro, sugerir que alguém não tem chefe ou possivelmente o confundir com o motorista que levou os vigilantes ao estabelecimento inspecionado, a meu ver, não evidencia nitidamente o intuito de desprestigiar a função pública.

Não fosse suficiente, extrai-se do parecer técnico de p. 22 que os fiscais não se sentiram, de fato, diminuídos com os dizeres do apelante, pois sugeriram a aplicação somente da penalidade de multa, além de terem asseverado que o responsável os *"tentava desmoralizar"*, conduzindo à conclusão de que não conseguiu.

Havendo dúvidas sobre o dolo específico do agente, a resolução desata-se em seu favor, aplicando-se o princípio da presunção da inocência e a regra do *in dubio pro reo*.

O festejado Aury Lopes Júnior acertadamente pontua que:

> *"Ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal".*

O doutrinador continua o escólio destacando a importância do princípio da presunção de inocência em processo penal pautado em garantias constitucionais:

> *"No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*
>
> *Tal é a sua relevância que Amilton B. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana'*
>
> *A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.*
>
> *Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.*
>
> *Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue FERRAJOLI, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.*
>
> *(...)*
>
> *Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).*

> *Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)*
>
> *Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.*
>
> *A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)*
>
> *Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.*
>
> *Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)" (in Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)*

Não por outro motivo a jurisprudência pátria já assentou que:

> *"O decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal***,** *a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência".* (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

No Brasil, estas exigências são fruto do dever de respeito ao que preceitua o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*) e no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*), consagrando o princípio da presunção de inocência, que deve ser levado a efeito também em razão da manifestada opção democrática pela liberdade decorrente de um Direito Penal mínimo, como explica Alexandre Morais da Rosa:

> *"Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo -, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo a certeza deve impedir que "nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido", no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que "nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune". Para o modelo penal mínimo, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é poderá se impor uma sanção, levando a sério a 'presunção de inocência.' De outra face, o modelo penal máximo golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados."* (Guia Compacto do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 40 p).

É a inocência o estado natural e, portanto, presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:

> *"O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de*

> *sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas.(...).*
>
> *Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável".* (Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2 ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 p.).

E arremata asseverando que "*gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição*" (*Ibidem, 267 p.*).

Sobre ônus da acusação em produzir prova *beyond all reasonable doubt*, ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:

> *"(...) É preciso sempre relembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.*
>
> *Cumpre ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por RUI BARBOSA ('Novos Discursos e Conferências', p. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que 'Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)'.*
>
> *Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se 'beyond all reasonable doubt' (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.*

> *O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Eduardo Espínola Filho, 'Código de Processo Penal Brasileiro Anotado', vol. IV/126-127, item n. 765, 3ª ed., 1955, Borsoi; Julio Fabbrini Mirabete, 'Código de Processo Penal Interpretado' p. 1.004, item n. 386.3, 11ª ed., 2003, Atlas; Guilherme De Souza Nucci, 'Código de Processo Penal Comentado', p. 679, item n. 48, 5ª ed., 2006, RT), valendo referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho* ('Código de Processo Penal Comentado', vol. I/655, item n. VI, 5ª ed., 1999, Saraiva):
>
> *'(...) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...).' (grifei)*
>
> *Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.*
>
> *Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu, **, da imputação penal contra ele deduzida (...)" (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores)."*

Feitas essas considerações, a absolvição é a medida que se impõe, julgando-se prejudicados os demais pedidos.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento à Apelação Criminal interposta por Rafael Toshio Sakai, a fim de absolvê-lo quanto ao crime do art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º, do CP (exposição à venda culposa de produto saneanente sem registro no órgão de vigilância sanitária competente), pela atipicidade da conduta (art. 386, III, do CPP) e também ao delito do art. 331 do CP (desacato), por insuficiência de provas do dolo específico (art. 386, VII, do CPP), julgando prejudicados os demais pedidos.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Rafael Toshio Sakai, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 01 ano e 06 meses de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 273, § 1º-B, inciso I, e § 2º e art. 331 do Código Penal (fls. 186-188).

Em seu recurso, pediu a absolvição dos crimes. Destaca, para tanto, que expunha à venda apenas matéria-prima destinada à fabricação de saneante, e tal insumo dispensa registro na ANVISA de acordo com

a RDC nº 128/2002. Por outro lado, aduz que nunca teve a intenção de rebaixar os funcionários públicos, de modo que não resta caracterizado o desacato, pela ausência do elemento subjetivo específico exigido pelo tipo. Mantida a condenação, pugna pela redução das restritivas de direitos impostas em substituição à pena corporal, alegando desproporção.

O Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence está dando total provimento ao recurso para absolver o apelante quanto ao crime do art. 273, § 1º-B, inciso I e § 2º, do CP (*exposição à venda culposa de produto saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária competente*), pela atipicidade da conduta (art. 386, III, do CPP) e também ao delito do art. 331 do CP (desacato), por insuficiência de provas do dolo específico (art. 386, VII, do CPP), julgando prejudicados os demais pedidos.

Divirjo parcialmente do Relator.

Primeiramente, acompanho o Relator no que concerne à absolvição do apelante pelo crime de desacato, pois entendo que realmente sua atitude não passou de um desabafo, de um momento de ira, em virtude de sua empresa estar sendo reiteradamente fiscalizada pelos servidores da Vigilância Sanitária. Como bem fundamentou o d. Relator:

> *"Quanto ao desacato, sem incursionar na discussão sobre a sua constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito e nos limites da liberdade de expressão, anoto ser pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o tipo penal do art. 331 do CP exige elemento subjetivo específico do agente, no sentido de humilhar, menosprezar ou ridicularizar funcionário público no exercício de sua função, o que, aparentemente, não ocorreu no caso telado, a despeito da exaltação do recorrente em questionar a atuação dos agentes da vigilância sanitária.*
>
> *Afinal, é preciso "cautela quando o agente estiver descontrolado ou profundamente emocionado ou irado, pois, nessa hipótese, pode (embora não deva ser regra geral) não se configurar a vontade de depreciar a função pública – o que está ínsito ao conceito de desacato".* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014).*"*

Portanto, havendo dúvidas sobre o dolo específico do agente de humilhar, menosprezar os servidores públicos, deve ser absolvido do crime de desacato.

Por outro lado, mantenho integralmente a condenação do apelante por infração ao art. 273 § 1º-B, inciso I, e § 2º, do Código Penal, pois restou evidente que expôs à venda em sua empresa "Mult Limp", produtos em desacordo com a legislação sanitária vigente, ou seja, saneantes à base de hipoclorito de sódio, situação comprovada pelo auto de infração (fl. 13), parecer técnico da Vigilância Sanitária (fl. 22), termo de apreensão (fl. 33), penalidade administrativa (fls. 36 e 45), fotografias (fls. 55-56), termo de ajustamento de conduta no qual, em sua cláusula terceira, "*o compromissário [ora apelante] reconhece que comercializar saneantes sem o devido registro no Ministério da Saúde atenta contra as normas sanitárias vigentes e à qualidade dos produtos por ele comercializados"* (fls. 75-77) e confirmada pelas testemunhas ouvidas em juízo (fl. 186 – audiovisual).

A respeito, bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (fls. 226-230):

> *"O crime praticado pelo Rafael Toshio Sakai vem assim descrito no artigo 273, §1º-B, e §2º, do Código Penal:*
>
> *'Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:*

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.'

A materialidade está comprovada pelo Auto de Infração nº 1.052 (fl. 13), Termo de Apreensão nº 16.201 (fl. 19) e Parecer Técnico referente ao Auto de Infração nº 1.052 (fls. 35/36).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

O apelante foi condenado porque, durante inspeção de rotina realizada pela Vigilância Sanitária de Dourados/MS em seu estabelecimento comercial, constatou-se a exposição à venda de produtos saneantes (9 frascos de 5 litros e 6 frascos de 2 litros, de saneante à base de hipoclorito de sódio com indicação para purificação de água, desinfecção industrial, domética e hospitalar) sem o registro exigido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA.

Não prospera a tese de que os produtos apreendidos se tratavam de matérias-primas, e não produtos saneantes, em que é inexigível registro na ANVISA para comercialização. Isso porque, o Parecer Técnico de fls. 35/36 assentou o seguinte:

'Aos 06 (seis) dias do mês de setembro de 2011 a empresa R T SAKAI & CIA LTDA ME, com nome fantasia MULT LIMP, sob CNPJ 08.409.136/0001-61 e IE 28.340.759-0, situada na Rua Albino Torraca, nº 561, Centro, foi autuada por expor à venda produtos em desacordo com a legislação sanitária vigente: saneantes à base de hipoclorito com indicação para purificação de água, desinfecção industrial, doméstica e hospitalare sem registro no Ministério da Saúde, que é obrigatório, estando em desacordo com a resolução RDC nº 14/07, resolução RDC nº 184/01, resolução nº 55/2009, lei federal nº 6360/76 e decreto federal nº 79097/77. Essa situação já havia sido notificada anteriormente conforme boletim de inspeção sanitária BIS nº 24886 em 17/08/2011.'

Acerca do presente crime, Guilherme de Souza Nucci ensina que 'é o produto que, embora não adulterado de qualquer forma, deixou de ser devidamente inscrito no órgão governamental de controle da saúde e da higiene pública. Menciona-se, nesta hipótese, que é preciso ser exigível tal registro, de modo que é norma penal em branco' 1

O Promotor de Justiça de primeira instância asseverou corretamente que 'o crime mencionado foi cometido na modalidade culposa, decorente da ausência de atenção ou dilgencia do apelante no que concerne à fiscalização acerca do registro, em órgão da Vigilância Sanitária, dos citados produtos, os quais encontravam-se expostos à venda em seu estabelecimento comercial, restando demonstrada a autoria e materialidade do delito.

(...)

(...), para a configuração do tipo resta necesário o ânimo do acusado em alhear o produto inadequado em sua atividade comercial, o que restou evidente no caso em tela, uma vez que o produto foi flagrado em local exposto à venda no Estabelecimento comercial do ora apelante.' (fl. 214-218).

O magistrado sentenciante, no mesmo sentido, prolatou que 'o tipo reclama, ainda, a demonstração do ânimo do acusado em alhear o produto inadequado em sua atividade mercantil. E tal escopo defluiu-se amplamente do conjunto probatório, conforme se extrai dos autos, e do próprio fim empresarial (fl. 187).

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco assim julgou caso semelhante:

PENAL E PROCESSO PENAL. RÉU CONDENADO À PENA DE 03 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E 300 DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 273, § 1º-A, C/C O § 1º-B, I, DO CP. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE SANEANTES SEM AUTORIZAÇÃO DA ANVISA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. CONSUMAÇÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. APELO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I – pela prova oral produzida e demais elementos constantes nos autos, restou evidenciado que o estabelecimento do apelante não possuía registro nem seus produtos detinham licença para produção, configurando-se, em decorrência, o delito previsto no art. 273, § 1º-A, c/c o § 1º-B, I, do CP do CP. II - A ausência do laudo pericial não exclui o crime em comento, por ser o mesmo delito formal, que se consuma com a própria conduta, independente de qualquer resultado de dano ou de perigo, sendo este presumido por lei.

III - Sendo crime de perigo abstrato, é irrelevante que o produto seja capaz de produzir, concretamente, danos à saúde dos consumidores, bastando a simples ausência de autorização legal de fabricação e comercialização do produto para a configuração do crime IV - Irrelevante também o fato de a empresa encontrar-se regularizada após os fatos, pois os autos apontam que a mesma funcionou ilegalmente desde 2007, sem qualquer autorização legal do órgão de vigilância sanitária local, colocando em risco a saúde pública, vez que todos os produtos eram fabricados e distribuídos sem que houvesse a certeza do cumprimento das normas legais, impedindo ao consumidor saber a procedência e segurança dos mesmos. V - Pedido de alteração de uma das penas restritivas de direitos aplicada por doação de cestas básicas, ante a rotina de trabalho do acusado. Contudo, a doação de cestas básicas não consta no rol taxativo do art. 43 do CP. Ademais, quando da execução da pena, perante o juízo competente e com a juntada dos documentos comprobatórios acerca da rotina de trabalho do apelante, é que serão avaliadas as condições de cumprimento da pena em epígrafe.

VI - Apelo não provido. Decisão Unânime.'

Portanto, a conduta do apelante se amolda ao tipo penal descrito no artigo 273, § 1º-B, inciso I, e § 2º, do Código Penal, devendo-se manter intacta a sentença combatida."

Por fim, permanecendo somente a condenação por infração ao art. 273, § 1º-B, inciso I, e § 2º, do Código Penal, devem ser alteradas as penas restritivas de direitos.

O apelante resta agora condenado à pena de 01 ano de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto.

Nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal: *"Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos"*

Portanto, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária equivalente a 02 (dois) salários mínimos vigentes, em favor do Asilo da Velhice Desamparada de Dourados (fl. 188), que poderá ser dividido em parcelas, mensais e sucessivas, patamar que entendo adequado, necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, até mesmo porque, o apelante era o responsável pela empresa vistoriada e cursa univerdade pública (fls. 207-209), demonstrando que terá condições financeiras de arcar com tal pagamento.

Conclusão:

Portanto, divirjo do Relator somente no que concerne à absolvição do apelante por infração ao art. 273, § 1º-B, inciso I, e § 2º, do Código Penal.

Diante do exposto, em parte com o parecer e o Relator, dou parcial provimento ao recurso somente para absolver o apelante Rafael Toshio Sakai do crime de desacato e reduzir a pena substitutiva.

Torno a pena definitiva em 01 ano de detenção e 10 dias-multa, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos vigentes.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º 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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000044-69.2015.8.12.0006 - Camapuã
Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – AUSÊNCIA DE PEDIDO DELIMITADO E INSTRUÇÃO PROCESSUAL ESPECÍFICA – NÃO PROVIMENTO.

A falta de pedido delimitado e instrução processual específica inviabiliza a condenação do réu em indenização por danos morais supostamente decorrentes do crime praticado, impondo-se observar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Recurso não provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, negar provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal. De ofício, por unanimidade, concederam ao apelado a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual, por intermédio de seu representante legal, interpõe apelação criminal (p. 105-111), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Camapuã (p. 89-92), que condenou J. A. à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal em situação de violência doméstica).

Pede o *parquet*, em suma, a fixação de indenização mínima à vítima pelos danos morais oriundos do crime praticado pelo recorrido.

As contrarrazões defensivas (p. 116-121) vertem-se pela manutenção da sentença.

Em parecer lançado às p. 129-136, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo ministerial.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 123).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual, por intermédio de seu representante legal, interpõe apelação criminal (p. 105-111), com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Camapuã (p. 89-92), que condenou J. A. à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal em situação de violência doméstica).

Colhe-se que J. A. foi denunciado como incurso nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal, porque, no dia 13.9.2014, após discutir com A. L. P., sua convivente, ofendeu sua integridade física mediante golpes e uma "gravata de pescoço", bem como, na posse de uma faca, lesionou a mão desta, enquanto ela impedia a utilização da arma branca.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, nos moldes alhures mencionados.

Discordando do resultado do julgamento, apenas a acusação apelou, pedindo, em suma, a fixação de indenização mínima à vítima pelos danos morais oriundos do crime praticado pelo recorrido.

As contrarrazões defensivas (p. 116-121) vertem-se pela manutenção da sentença.

Em parecer lançado às p. 129-136, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo ministerial.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Ao recurso deve se negar provimento.

A materialidade e autoria do delito não são objeto de controvérsia, mesmo porque foram sobejamente comprovadas, em especial, pela Ficha Geral de Atendimento de p. 11 (em que a médica atestou a existência de escoriações e hematomas na vítima), bem como pelas provas orais hauridas na instrução criminal, encontrando-se a firme palavra da vítima, de especial relevância, corroborada pelos depoimentos de testemunhas, inclusive, presenciais.

A insurgência, como relatado, recai apenas sobre a fixação de indenização à vítima, afastada na origem com base nos seguintes fundamentos:

> *"(...) em que pese ter sido reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, pela prática de lesões corporais à vítima, em ambiente doméstico, o pleito indenizatório não merece acolhimento nessa esfera penal, já que o pedido foi realizado de modo bastante genérico, não havendo especificação sobre a natureza dos danos, se materiais ou morais, circunstância que inviabilizou o exercício do contraditório pelo acusado, impossibilitando, consequentemente, a fixação da indenização prevista no art. 387, IV, do CPP. (...)"*

Pois bem.

A despeito do esforço ministerial, a cognição do colega de primeira instância é louvável.

Isso porque, muito embora o *parquet* tenha formulado pedido de indenização na inicial acusatória, certo é que em nenhum momento da instrução criminal foi especificado qual seria o dano sofrido pela vítima em decorrência do crime praticado pelo recorrente.

Nessas condições, a condenação do réu ao pagamento de indenização, sem pedido delimitado e instrução processual específica, obviamente implica em cerceamento de sua defesa.

É, pois, o que se extrai das lições do ilustre Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de Processo Penal Comentado, 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014):

> *"Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado.* ***Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa****."* (destaquei)

O referido doutrinador cita vasta jurisprudência sobre o assunto:

> *"Nessa ótica: TJSC: 'Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 691).' (Ap. 2011.015857-0 – SC, 4.ª C.C., rel. Jorge Schaefer Martins, 21.05.2012, v.u.). TJMG: 'Para que indenização civil seja fixada na sentença condenatória criminal, deve haver um pedido formal de qualquer das partes (Ministério Público, vítima ou familiares dessa, por meio do Assistente de Acusação), de modo a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado' (AP. Crim. 1.0582.08.010698-9/0001(1)-MG, 5.ª C.C., rel. Adilson Lamounier, 28.09.2010, v.u.). TJDF: 'apesar da nova redação do art. 387, IV do Código de Processo Penal, conferida pela lei 11.719/08, estabelecer que o juiz, ao proferir sentença condenatória 'fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;' (art. 387, IV CPP), a verdade é que não houve nenhuma manifestação da vítima, que não pediu nenhum pedido de indenização pelos prejuízos causados pelo apelante. Diante do princípio da inércia da jurisdição, não cabe ao juiz proceder de ofício' (Ap. Crim. 20070110090814–DF, 1.ª T.C., rel. João Egmont, 23.09.2010). TJPR: Ap. Crim. 0622813-3-PR, 5.ª C.C., rel. Rogério Etzel, 24.06.2010, v.u. Em sentido contrário, admitindo a fixação de indenização de ofício: TJGO: 'A nova redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conferida pela Lei 11.719/2008, é um comando ao magistrado e não ofende o princípio do devido processo legal, uma vez que o juízo criminal passou a ter competência para estabelecer o quantum mínimo da indenização civil, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais'* (AP. Crim. 200993773338 – GO, 2.ª C.C., rel. Nelma Branco Ferreira Perilo, 11.11.2010, v.u.)".

Em casos similares já decidiu esta e. Corte Estadual de Justiça. Senão, vejamos:

> *"EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES - AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - INDENIZAÇÃO À VÍTIMA - AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO*

ESPECÍFICA - DECOTE IMPOSITIVO - RECURSO PROVIDO. É inviável a condenação do réu ao pagamento de indenização à vítima sem que haja pedido delimitado e abordagem específica na instrução criminal, pois, do contrário, incorre-se em cerceamento de defesa e em ofensa ao contraditório. Recurso provido, contra o parecer." (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade - Nº 0002549-82.2014.8.12.0001/50000. Minha Relatoria; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 10/08/2016; Data de registro: 24/08/2016; Outros números: 254982201481200015000O)

*"(...) Decota-se, de ofício, a fixação de indenização por danos prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, uma vez que não houve nos autos pedido específico e nem instrução a este respeito. (...)." (*TJMS; ACr-Recl 2012.013413-3/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJEMS 06/07/2012; Pág. 39)

"(...) Afasta-se a condenação ao pagamento de indenização à vítima, se não houve pedido da parte, nem do Ministério Público, muito menos instrução processual específica, não tendo sido oportunizadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao apelante.(...)." (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.032887-5/0000-00 - Exma. Sra. Des.ª Marilza Lúcia Fortes. 1.ª Turma Criminal, em 17.1.2011)

"(...) Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, oportunizando, ao réu, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (...)." (Apelação Criminal - Detenção e Multa - N. 2009.022813-1/0000-00 - Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. 1.ª Turma Criminal, em 22.11.10)

Por conseguinte, não procede o pleito de fixação de indenização à vítima.

De seu turno, entendo que a sentença comporta reforma de ofício, a fim de se conceder ao recorrido a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), pelo período de 2 anos, uma vez que é primário, de bons antecedentes, com circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e pena inferior a 2 anos de privação de liberdade, sendo inviável a conversão da corporal em restritivas de direitos.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao apelo ministerial e, de ofício, conceder ao acusado J. A. a suspensão da pena pelo período de 2 anos, com condições a serem impostas no Juízo da Execução Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

O Ministério Público Estadual recorre da sentença que condenou Julicali Alvarenga à pena de 03 meses de detenção, no regime aberto, por infração ao art. 129, § 9º, do Código Penal (fls. 89-92).

Pede, em suma, a fixação de indenização mínima à vítima, pelos danos morais oriundos do crime praticado pelo apelado.

O Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence está negando provimento ao recurso ministerial e, de ofício, está concedendo ao apelado a suspensão da pena pelo prazo de 02 anos.

Primeiramente, acompanho o e. Relator quanto à concessão do *sursis*.

Contudo, divirjo quanto à não fixação de indenização à vítima.

O pagamento de indenização à vítima tem previsão descrita no art. 387, IV, Código de Processo Penal (redação trazida pela Lei n. 11.719/08) que determina:

> *"Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:*
>
> *(...)*
>
> *IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido."* (destaquei)

Conforme expressamente estabelece o dispositivo legal citado, cuja alteração veio para prestigiar a vítima e conceder-lhe a devida atenção, com maior celeridade na obtenção da indenização mínima por eventuais danos sofridos, tendo entendido que o juiz "deve" fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, independentemente de pedido expresso da parte, pois, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, essa indenização trata-se de efeito automático da sentença condenatória definitiva, que estabeleceu a obrigação de indenizar o dano causado.

Como se vê claramente do referido dispositivo, o legislador quis estabelecer a indenização mínima em favor da vítima, na esfera do processo penal, como efeito da condenação, pelo que colocou o núcleo da regra de forma cogente, dizendo que o juiz deve fixar essa indenização mínima. E, em se tratando de indenização mínima, independe de pedido e também sem prejuízo da busca de indenização completa, na compreensão da vítima, no juízo cível.

Deve ser ressaltado, ainda, que em relação às garantias do contraditório e da ampla defesa, que são verdadeiros pilares do processo penal, inexiste qualquer prejuízo para a parte na fixação do valor mínimo para reparação dos danos, posto que a previsão está expressa na lei processual penal, como consequência de uma sentença condenatória. Portanto, quando do recebimento da denúncia, o réu é notificado e citado para se defender, tendo a partir daí a oportunidade ampla de assim proceder, com o acompanhamento da instrução processual, pelo que não se pode alegar qualquer ofensa aos princípios referidos.

Portanto, diante da existência de norma expressa no Código de Processo Penal, o réu, ao proceder sua defesa, tem conhecimento que um dos efeitos da sentença penal condenatória é o de reparar os danos, portanto, deve fazê-la de forma ampla, não podendo, posteriormente alegar eventual desrespeito ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório).

Neste sentido, cabe colacionar a doutrina de Audrey Borges de Mendonça:

> *"É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito.* ***E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isso porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos****. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo.* ***O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja.*** *A única modificação que a reforma introduziu foi transmudar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte." (grifei) E, ainda, trechos do texto jurídico "Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória":*

"3.3 FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO CÍVEL EX OFFICIO PELO JUIZ CRIMINAL

> *Indaga-se sobre a possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo da indenização civil de ofício. Por outras palavras: ajuizada a ação penal, seja ela privada ou pública, o juiz criminal poderá fixar o valor mínimo da indenização independentemente de pedido do autor da ação?*
>
> *Parece-me que a redação do art. 387, inc. IV do CPP é por demais imperativa. De fato, o preceito determina que o juiz "fixará" valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Desse modo, à luz de uma exegese literal, outra conclusão não pode ser obtida. Posto que não seja realizado o pedido de indenização cível, o juiz criminal deverá fixá-la.*
>
> *Ademais, o princípio da correlação, em matéria processual penal, está muito mais ligado à causa de pedir do que ao pedido propriamente dito.* ***É corriqueira a advertência da doutrina no sentido de que o réu*** *defende-se, no processo penal, não da tipificação legal apresentada pelo autor da ação, mas sim dos fatos narrados [05].*
>
> *De qualquer sorte, considerando-se a imperatividade do art. 387, inc. IV do CPP, ainda que o prejuízo não tenha sido narrado na denúncia, exsurgindo nos autos a sua prova, deverá o quantum ser considerado quando da prolação da sentença penal condenatória. Tem-se, nesse caso, uma situação de aplicação do princípio da ultrapetição. Por outras palavras: ainda que não seja feito pedido de indenização cível na ação penal, surgindo nos autos prova do valor do prejuízo, deverá o magistrado considera-lo na sentença. Essa interpretação coaduna-se com o espírito da reforma de otimização do processo judicial.*
>
> *Ressalte-se, contudo, que, não havendo prova nos autos da ação penal do quantum da indenização dos danos causados pela infração, por óbvio, o magistrado deverá abster-se de aplicar o inciso IV do art. 387 do CPP. É que, na ausência de provas referentes aos prejuízos obtidos, não deterá o magistrado elementos suficientes para a fixação da indenização. Tal tarefa, nesse caso, deverá ser relegada para a fase de liquidação da sentença penal condenatória, a ser realizada na esfera cível, na forma dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil."*

A par disso, deve ser salientado que o papel da vítima no âmbito do processo penal começa a ter uma maior valorização.

O jurista Antônio Milton de Barros, em Artigo publicado sobre "O Papel da Vítima no Processo Penal", diz:

> *"O papel da vítima no processo penal da atualidade deve ser pautado tanto pelas normas de direito internacional como pelas regras internas. No plano internacional, destaca-se a Resolução n. 40/34/85, da ONU. Internamente, destaca-se o art. 245 da Constituição Federal, que prevê assistência jurídica, pelo Poder Público, às vítimas de crime e seus herdeiros. No terreno infraconstitucional, o processo sofreu substancial alteração com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95), além de outras inovações legislativas que revelam influência da vitimologia."*

Nesse mesmo trabalho, foi feito um estudo comparado sobre o tratamento dado às vítimas na legislação de vários países, como na Espanha, onde a vítima tem participação no processo junto com a acusação oficial, na condição de acusador particular, de acusador popular, ou mesmo quando haja conexão entre interesses privados e público.

Na Argentina, onde o Código Nacional assegura à vítima participação e proteção processual. Na Itália, onde a vítima tem legitimidade, inclusive, para ingressar na ação penal, como parte contingente, para

o fim de obter a reparação do dano, como esclarece o professor da Universidade de Padova, Alfredo Molari. Em Portugal, o Código de Processo Penal português também prevê a possibilidade de o ofendido habilitar-se como assistente. Além disso, dispõe o estatuto luso que o pedido de indenização civil fundado na prática de crime, em regra, é deduzido no Processo Penal respectivo.

Como se vê, há uma crescente preocupação com a vítima de crimes. No Brasil, também começou a haver alguma preocupação com a vítima, como com o advento da Lei Maria da Penha e com a inclusão do disposto no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, reforçando os efeitos da sentença condenatória previstos no art. 91, I, do Código Penal.

É necessário, pois, que seja assegurado o direito da vítima aos efeitos da sentença condenatória, com a fixação, desde logo, de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, o que, por ser efeitos da sentença condenatória, entendo que prescinde de pedido da vítima, desde que haja elementos no processo para a essa fixação, ficando a critério da vítima a execução, quando, então, aí sim dependerá da providência da mesma.

In casu, não há qualquer dúvida quanto à ocorrência do dano moral, pois é certo que o sofrimento decorrente da violência sofrida, com socos e "gravata" no pescoço, por parte de seu convivente, estigmatiza a mulher e traz-lhe inevitáveis prejuízos de ordem psíquica e moral, sendo um dano *in re ipsa*.

Dessa forma, o acolhimento da pretensão recursal é medida de rigor, pelo que condeno o apelado ao pagamento do valor mínimo, a título de indenização à vítima, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), por estar este valor dentro da razoabilidade, considerando as circunstâncias do caso e a natureza dos danos morais.

Cumpre salientar, por fim, que os juros de mora de 1% ao mês, devem incidir a partir da data dos fatos, nos termos do enunciado n. 54 da Súmula do STJ (*"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"*).

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. BLOG. VEICULAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. TERMO INICIAL. SÚMULA Nº 54/STJ.*
>
> *1. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a alteração do valor da indenização por danos morais somente será possível quando este mostrar-se exorbitante ou irrisório, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*
>
> *3. Nos termos da jurisprudência do STJ, nos casos de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg nos EDcl no REsp 1543750/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016).

A correção monetária, por sua vez, deve incidir a partir da data do arbitramento, na forma estabelecida pela Súmula 362 do STJ.

Desta forma, divirjo do Relator somente no que concerne a não fixação de indenização à vítima.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, para condenar o apelado ao pagamento da indenização à vítima, no valor acima estabelecido.

De ofício, concedo ao apelado a suspensão da pena pelo prazo de 02 anos.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, negaram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. de ofício, por unanimidade, concederam ao apelado a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 21 de novembro de 2016.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A CPE traz Especialização na Execução dos Trabalhos - 03/10/2016



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de atender as diversas solicitações de advogados em participação do presidente do TJ, Des. João Maria Lós, em reunião do Conselho da OAB, elaborou uma série de textos explicativos para esclarecer aos advogados e a toda a sociedade acerca do funcionamento e benefícios da Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais.

A CPE traz Especialização na Execução dos Trabalhos

Quando os processos estão na Central de Processamento Eletrônico (CPE), a produtividade e celeridade no andamento dos feitos aumenta significativamente. Um dos motivos é o fato de que o Analista Judiciário atua sempre na mesma tarefa em cada auto que recebe, ou seja, este profissional torna-se um especialista em fazer cálculos de penas, distribuir o processo, expedir documentos, entre outros, diminuindo ou eliminando o chamado "Tempo Morto" do Processo para garantir o direito constitucional à razoável duração do Processo.

Assim, fica clara a revolução que a CPE está fazendo no Judiciário sul-mato-grossense. A reorganização das rotinas de trabalho faz com que o processo tenha seu desfecho de modo célere, contando com o mesmo número de magistrados e servidores e, principalmente, sem a necessidade de aumento dos gastos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

UCDB será sede do novo Cejusc da Capital - 04/10/2016



Na manhã desta terça-feira (4) o Tribunal de Justiça firmou convênio com a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) para a criação de um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) no campus universitário.

No Cejusc serão realizadas sessões de conciliação e mediação pré-processuais e de cidadania e estas poderão ser subdivididas em quatro unidades e atuação: Unidade de Conciliação e Mediação Extrajudicial, Unidade de Conciliação e Mediação da Justiça Comum, Unidade de Conciliação e Mediação Cível dos Juizados Especiais e Unidade de Conciliação e Mediação Criminal dos Juizados Especiais.

O objetivo da parceria é instalar um CEJUSC nas dependências da Universidade, fazendo com que haja fomento na conciliação e na mediação, com métodos alternativos de composição de litígios e possibilitando que acadêmicos da própria universidade atuem no centro.

Da solenidade de assinatura do convênio participaram o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós; o reitor da UCDB, padre Ricardo Carlos; o Des. Romero Osme Dias Lopes, coordenador de mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec); a juíza Sandra Artioli, titular da 5ª Vara do Juizado Especial, além da assessora técnica especializada do Nupemec, Lucimara de Souza Freitas; a coordenadora do curso de Direito da instituição Elaine Cler e a advogada da universidade Karen Guiliano.

Para o Des. Lós esta será mais uma oportunidade de levar os serviços da justiça até a população. "Fico feliz com essa junção de esforços e espero que o Núcleo seja um grande sucesso quando for instalado e estiver funcionando para atender a população. Sabemos que será implementado com eficiência. A conciliação e a mediação vêm sendo implementada aos poucos. É uma mentalidade nova de se buscar um acordo, antes da judicialização do procedimento".

O espaço utilizado será o bloco da Clínica Escola, onde já estão instalados a 5ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal e o Núcleo de Práticas Jurídicas.

O reitor da Universidade expressou sua satisfação em firmar o convênio. “A UCDB está sempre à disposição para abraçar essas causas, sempre em prol da educação e do exercício da cidadania. E por que não trabalharmos juntos para a realização desse sonho? ”.

Para o Des. Romero Osme Dias Lopes, a prática de solução de conflitos por meio da mediação e conciliação veio para ficar. “Este é um processo irreversível e os profissionais têm que entender o valor de uma mediação e de uma conciliação. A mediação é uma forma de tocar as pessoas a buscar suas próprias respostas. Apenas uma mediação ou conciliação feita por profissional capacitado, que temos hoje no Judiciário, pode tirar o sentimento negativo de mágoa, rancor e frustração que as pessoas carregam e que dificultam a elas próprias resolverem seus problemas”.

A juíza Sandra Artioli destacou o apoio incondicional recebido do Tribunal de Justiça para a implantação do Cejusc, relatou o árduo trabalho para se implantar a disciplina da mediação na faculdade e engrossou a fala da coordenadora, que se comprometeu a realizar um trabalho de seriedade.

O TJMS supervisionará o Cejusc, disponibilizará técnicos para acompanhar os trabalhos desenvolvidos, orientará o uso dos sistemas de apoio jurisdicional, capacitará os mediadores e conciliadores que atuarão no Centro, bem como designará um juiz para homologar os acordos firmados.

Em Campo Grande já existem Cejuscs na Universidade Uniderp (Núcleo de Práticas Jurídicas), na Defensoria Pública, Unidade Horto Florestal; na Associação Comercial e Industrial de Campo Grande, além do instalado no TJMS, um dos mais eficientes do país.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza faz alerta sobre a ilegalidade das “Adoções Prontas” - 07/10/2016



Mais de 200 pessoas participaram, na noite desta quinta-feira (6), do primeiro encontro do Curso de Preparação à Adoção, realizado no plenário do Tribunal do Júri da Capital. O curso é destinado a pessoas de ambos os sexos, qualquer que seja o estado civil, maiores de 18 anos, que tenham interesse na adoção. Ao total, serão oito encontros obrigatórios para os pretendentes entrarem legalmente na fila da adoção.

A abertura do evento foi feita pela juíza Katy Braun do Prado, da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de Campo Grande, que falou dos aspectos jurídicos do processo de adoção. A juíza explicou como e por que crianças e adolescentes saem das famílias biológicas e de como deve ser feita a adoção pelos meios legais.

Katy Braun disse que tem diminuído o número de adoções conhecidas como “à brasileira”, que é quando uma pessoa adota uma criança como se fosse sua, sem o conhecimento da justiça. Contudo, ela pontou que tem aumentado o número das chamadas “adoções prontas”, quando a pessoa busca uma gestante em situação de vulnerabilidade ou em desespero, cuida do filho e depois vem ao judiciário apenas para homologar esta adoção. Ela alertou sobre os riscos desta prática.

“Nós queremos coibir estas práticas porque não há segurança jurídica para quem adota nessas condições. No caso das adoções prontas, corre-se o risco do arrependimento dos pais biológicos, que vão lutar para ter a criança de volta. Além disto, as promessas feitas para as mães biológicas, de que elas poderão acompanhar o crescimento e manter o contato com a criança, podem não ser cumpridas. Temos lutado pela adoção legal para que as famílias comecem sempre com base na verdade”, asseverou a juíza.

Maria Aparecida da Silva Oliveira e Jeremias Pires de Oliveira nunca buscaram uma forma de adoção ilegal. Eles estão pela segunda vez na fila da adoção e, por isso, participam do Curso de Preparação a Adoção.

"Nunca nos ofereceram crianças fora da fila de adoção e, mesmo que tivessem oferecido, eu não aceitaria", diz Jeremias. "É difícil esperar na fila? É sim, mas é como uma gravidez. A gente espera a vinda da criança e um dia ela vem".

Jeremias também foi um filho adotado e, por isso, quer ser pai por adoção. Maria Aparecida tem dificuldades para engravidar e também quer mais um filho, já que Maryane, de 7 anos, nasceu entre as duas tentativas de adoção.

"Antes de ter nossa filha, nós já buscávamos uma adoção e ficamos quase quatro anos na fila, porque eu não podia engravidar, inclusive perdemos uma criança. Agora estamos buscando uma irmã para a Maryane, pois sentimos que a família está muito pequena e ela quer uma irmãzinha", explica.

O Curso de Preparação à Adoção continua nesta sexta-feira (7), a partir das 19 horas, quando serão abordados temas como a expectativa e a motivação para adotar, por quê adotar, e a ressignificação da adoção. Ainda serão realizados outros 6 encontros, obrigatórios para quem pretende adotar. Os outros encontros serão nos dias 20 e 21 de outubro, 3, 4, 17 e 18 de novembro de 2016.



Curso de Preparação à Adoção

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

A convite do TJMS, super-heróis levam alegria a crianças quilombolas - 08/10/2016



A estrada que leva a Furnas do Dionísio é estreita, acidentada e com uma paisagem que faz o viajante se desligar dos hábitos da cidade. Fundado por Dionísio Antônio Vieira, ou "Véio Dionísio", como é mais conhecido, o local é o lar de descendentes de escravos, que vivem ali, entre os morros da Serra de Maracaju, desde 1890, quando seu fundador veio de Minas Gerais procurar terras férteis para criar sua família.

O local, faz parte do município de Jaraguari (MS) e é pouco conhecido e visitado. Seus habitantes quase nunca tem contato e informações do que acontece na capital do Estado, Campo Grande, que fica a apenas 45 km dali.

E foi numa manhã de primavera, 8 de outubro de 2016, que, pelo menos para as crianças quilombolas, algo especialmente mágico aconteceu. Elas receberam a visita dos super-heróis da "Liga do Bem", um grupo de voluntários que, fantasiados de personagens de quadrinhos e de desenhos animados, levam amor, carinho e atenção a quem precisa.

O encontro foi promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio do Pacijus (Programa para Ajuda à Criança e ao Idoso), com a parceria de diversas instituições, que em comemoração ao Dia das Crianças, realizam o projeto "Diversão com Esperança 2016". O dia foi muito especial.

A festança começou cedo, às 8h, quando a equipe de voluntários fez atividades recreativas e trouxe brinquedos, palhaços, cachorros-quentes, pipocas, doces e refrigerantes, quando a criançada nem imaginava que super-heróis viriam para animar, ainda mais, a festa.

Foi quando a Liga do Bem apareceu. As crianças pularam de alegria ao ver o homem-aranha, Robin, o homem de ferro, Velma do Scooby-doo entre outros, animaram a festa com brincadeiras e danças, além de distribuir um kit de guloseimas, que qualquer criança adora.

"Para a Liga do Bem é muito importante levar amor, carinho e atenção para os diversos locais onde nós visitamos. Agora, estamos com esta parceria com o Tribunal de Justiça e hoje pudemos brincar com as crianças descendentes de quilombolas, que nos receberam muito bem e por isso temos que retribuir como o máximo de amor e alegria. E nós, da Liga do Bem, estamos aqui não só como super-heróis, mas como pessoas, para fazer o bem e melhorar o mundo", disse o Homem-Aranha, que não pode revelar sua verdadeira identidade.

Vitória, Ana Clara e Suelen vivem em Furnas do Dionísio e são muito tímidas. Mas pelo menos dizer o que elas mais gostaram elas dizem: – "Pipoca, cachorro-quente, algodão-doce e o Homem-Aranha e todos os outros".

Nesta visita ao quilombo de Furnas do Dionísio, o Lions Clube preparou o lanche e a UniSaúde trouxe o pula-pula e o algodão-doce, além de realizar exames médicos nos moradores. A iniciativa também tem apoio do Hipermercado Comper, Sinjidus, Mécari Distribuidora, TRE-MS, e do Moto Clube DDW e H2L.









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Itinerante da Capital comemora 15 anos de eficiência - 17/10/2016



O Des. João Maria Lós, presidente do TJMS, e o Des. Marco André Nogueira Hanson, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, começaram o dia cedo no bairro São Conrado, onde estiveram para cumprimentar o juiz Cezar Luiz Miozzo e toda a equipe que atua na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante pelos 15 anos de trabalho nos bairros da Capital.

Criada pela Resolução nº 353, de 3 de outubro de 2001, a Justiça Itinerante – como é conhecida – tem uma história de mais 150 mil processos e 87% de acordos. Nesses 15 anos levando a justiça para perto da população, 2007 se destacou em ações iniciadas: 10.803, mas o maior número de acordos foi fechado em 2015, chegando a 10.645. Foi também em 2015 que a equipe forneceu a maioria de atendimentos e orientações jurídicas: 42.987.

"Queremos cumprimentar quem desenvolve essa atividade dando atendimento à população mais carente no próprio bairro. Com os ônibus nos bairros, a pessoa não precisa ir até o centro da cidade procurar uma vara dos juizados, pois é atendida na própria região onde mora. E os números mostram a dimensão do trabalho comunitário feito com muita eficiência e efetividade pela Justiça Itinerante em Mato Grosso do Sul", disse o Des. Lós.

O Des. Marco André lembrou que o projeto começou de forma incipiente em 2001, pois havia alguma resistência quanto à implantação e eventual sucesso da proposta. Ele reconhece que a Justiça Itinerante tem cumprido com muita eficiência sua função de levar a justiça até os bairros, mesmo os locais mais afastados.

"Os ônibus levam a justiça onde a população pode ser atendida imediatamente. O trabalho é reconhecidamente eficiente, tem muito resultado e temos dados de que já alcançamos 150 mil processos, com 87% de acordos. Isso mostra a satisfação da população em ter seu atendimento imediatamente feito pelo Poder Judiciário", ressaltou.

Depois de 13 anos e meio à frente da Justiça Itinerante de Campo Grande, o juiz Cezar Miozzo ressaltou a importância e o quanto a iniciativa deu certo. Para ele, a população incorporou esse trabalho e os

números mostram seu alcance, principalmente nas camadas mais simples da população, menos favorecidas, que não têm condições financeiras.

"Este é um trabalho que gosto de fazer, tanto é que estou à frente da Itinerante há bastante tempo. Gosto de escutar as pessoas, procuro conversar e ver qual o problema que as aflige, porque existem muitas situações que uma simples conversa, orientação, resolve. Ouvir atentamente as pessoas, com respeito, é uma coisa que me realiza, por isso que estou aqui há muitos anos e pretendo continuar mais um tempo", confessou.

Entre as muitas pessoas atendidas no bairro São Conrado estava Jéssica Gonçalves da Silva, balconista, que buscou ajuda para resolver sua demanda. Feliz, ela não escondia a satisfação de ser bem recebida e ter seu problema resolvido. "Foi muito boa a vinda do ônibus aqui. Fui muito bem atendida, resolvi o que precisava. Excelente".











Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Seminário discute segurança jurídica no agronegócio - 17/10/2016



Foto: Gerson Walber

Na última sexta-feira (14), no auditório da OAB/MS, foi realizado o 1º seminário sobre questões que envolvem o setor agroindustrial de MS. Entre outros pontos, foram discutidas dúvidas sobre a tributação para o setor. Os ministros Paulo de Tarso e Ricardo Vilas Bôas, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram os principais palestrantes do evento.

Vilas Bôas falou sobre as mudanças no Código Florestal Brasileiro, dando enfoque nas questões que mais geram hesitação nos processos relativos ao setor. "O Código Florestal ainda é uma novidade e é preciso tempo para o amadurecimento da jurisprudência no STJ. É um momento de diálogo entre os aplicadores do direito e a transição de algumas normas podem garantir a segurança jurídica e preservação do meio ambiente", afirmou.

O min. Paulo de Tarso dissertou sobre as dificuldades encontradas para aplicação da legislação atual. Ele citou que o Estatuto da Terra gera grandes dificuldades para a jurisprudência."O grande percalço enfrentado pela jurisprudência do STJ é fazer a adequação para a situação atual. Temos hoje muitos contratos agrários, arrendamento rural envolvendo grandes empresas. Há a necessidade de intervenção legislativa para estas questões que geram, de certo modo, certa insegurança jurídica", disse o ministro.

O Des. Claudionor Abss Duarte participou do evento representando o Tribunal de Justiça de MS e falou sobre a regulamentação atual, evidenciando as mudanças presentes na legislação atual. "Temos a legislação mais avançada no mundo na questão ambiental, a mais progressista, conciliando o interesse de desenvolvimento econômico e o direito do equilíbrio ecológico".

O seminário foi realizado em parceria com a Revista Justiça & Cidadania, com a presença do presidente do Instituto Justiça e Cidadania, Tiago Salles. Outras autoridades também participaram do evento.

Com informações OAB/MS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

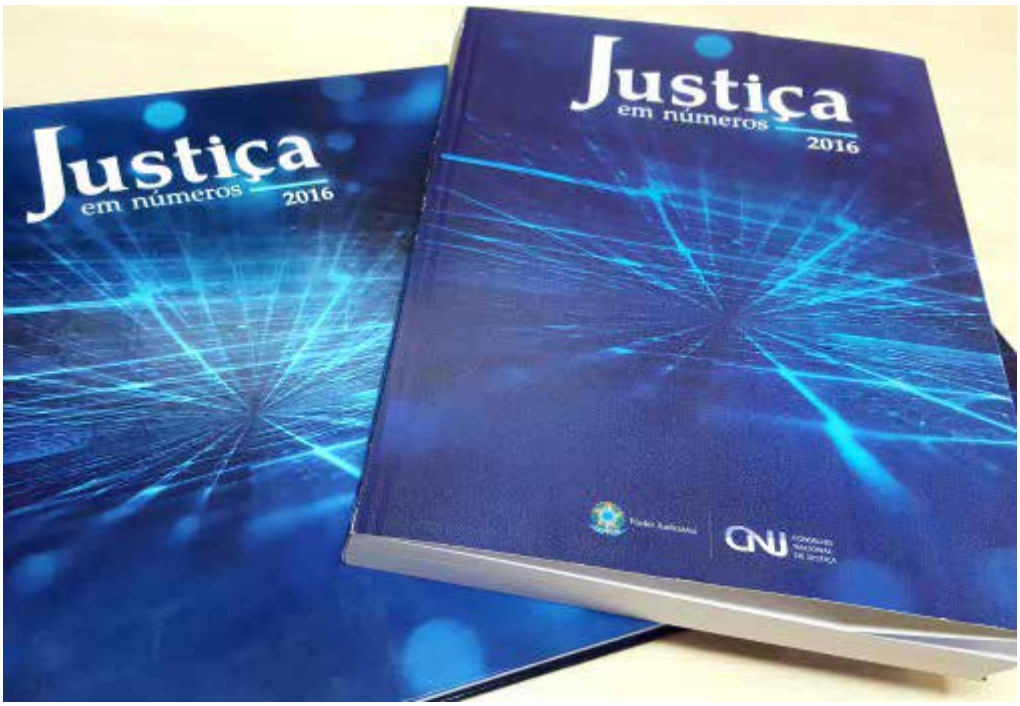
Vídeo: Carreta da Justiça começa a atender população em Rochedo - 19/10/2016



Está disponível no Portal do TJMS a edição nº 107 do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, o início das atividades da Carreta da Justiça, a entrega da reforma do Fórum de Costa Rica e o Colar do Mérito Judiciário.

https://www.youtube.com/watch?v=ZSHboDT6ib4

Justiça em Números: TJMS é destaque em produtividade - 21/10/2016



Nesta semana, o Conselho Nacional de Justiça divulgou o relatório Justiça em Números, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário que mostra a realidade dos tribunais brasileiros.

Mato Grosso do Sul se destacou pela produtividade. Ficou em segundo lugar entre os Tribunais de Justiça de pequeno porte, já que a quantidade de julgamentos realizada por magistrados do TJMS apresentou alta de 12,1%, no comparativo entre os dados dos anos de 2014 e 2015, de acordo com o relatório Justiça em Números 2016. Essa classificação deixa o TJMS à frente de 19 tribunais brasileiros.

A baixa de ações, no mesmo período, também demonstrou dados favoráveis já que tivemos crescimento de 3,2% no comparativo. Foram encaminhadas para o arquivo geral, no ano base, 321.207 ações.

Resultado de todo esse esforço é refletido na alta dos indicadores de produtividade de magistrados e servidores divulgados no relatório. O Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) subiu 10,1% e dos Servidores (IPS-Jud) o incremento foi de 16,8%, ficando este último acima da média nacional, o que deixa MS como o terceiro melhor Tribunal de Justiça de Pequeno Porte e à frente de 19 tribunais.

O conteúdo do relatório abarca dados detalhados sobre as varas, política de priorização do Primeiro Grau, despesas receitas, estrutura orgânica, desempenho dos órgãos jurisdicionais. A publicação é realizada há 12 anos e a cada ano vem apresentando novidades. Este ano foram incluídas informações referentes ao prazo de duração do processo e homologação de acordos.

O Justiça em Números começou com dados básicos sobre despesas e números de processos e atualmente as informações abrangem questões orçamentárias (despesas), de pessoal (número de servidores

e magistrados) e litigiosidade (número de processos, classe processual, julgamentos realizados, estoque). O CNJ agrupa, para fins do relatório, os Tribunais em três portes: grande, médio e pequeno, estando o TJMS no último agrupamento.

A administração do Tribunal de Justiça vê com bons olhos todos os resultados, considerando que dentro do Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, ao longo de administrações anteriores, atual e as que estão pela frente, se traçou um plano de enfrentamento para tornar eficiente a prestação jurisdicional, fazendo cada vez mais, com menos, com menor custo e com mais rapidez. A Central de Processamento Eletrônico, a CPE, é uma dessas ferramentas que está revolucionando a Justiça Estadual e os seus resultados já impactam em diversas varas, concluindo até 50% do estoque de processos em tramitação, em períodos curtos.

Esses investimentos terão reflexos drásticos no futuro, considerando que 2015 e 2016 são os anos em que a CPE está alcançando o maior número de varas e comarcas no Estado. Além dessa e de outras ações, o Judiciário investe em abrir possibilidade para a população acessar a justiça, busca demandas reprimidas e consequentemente, está adotando sistemas para baixar o maior número de processos possíveis em todas as comarcas. Uma dessas ações se iniciou em Rochedo, agora no mês de outubro e demonstrará sua eficiência nos próximos anos, com índices surpreendentes para Mato Grosso do Sul, no Justiça em Números, avalia o Presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, satisfeito com a performance do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

OS NÚMEROS:

PRODUTIVIDADE – O Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) e dos Servidores da Área Judiciária (IPS-Jud) calcula a média de processos que foram baixados por magistrado ou servidores em atuação no período-base e o indicador é um importante retrato para mensurar o volume de trabalho despendido para cumprir a prestação jurisdicional e promover a baixa de processos.

O IPS-Jud do TJMS que, segundo o relatório, chegou a 145 ultrapassou a média nacional que foi de 140. O Estado figurou em 3º lugar entre os tribunais de pequeno porte para o quesito. Tiveram índice maior, para o porte, somente TJRR e TJAL.

Analisando o IPM por instância destaca-se o primeiro grau em que o TJMS figurou em segundo lugar entre os tribunais de pequeno porte, com 1.897. Este número colocou o Tribunal acima da média nacional que ficou em 1.895. O IPS-Jud também alcançou classificação semelhante, destacando-se dos demais com 153, acima da média nacional que foi de 142.

ÍNDICE DE PRODUTIVIDADE COMPARADA (IPC-Jus) – O Tribunal atingiu 100% no segundo grau e 79,3%, no primeiro grau. Este indicador trata-se de uma medida de eficiência para cada Tribunal que varia de 0% a 100%.

CASOS NOVOS – A quantidade de processos que ingressaram no judiciário por magistrado apresentou alta de 18,8%, segundo o relatório. No primeiro grau o número de distribuições por juiz chegou a superar a média nacional de 1.590 novas ações, registrando 1.785 casos novos.

TAXA DE CONGESTIONAMENTO LÍQUIDA – O indicador que mensura o percentual de casos que permanecem pendentes de solução ao final do ano base, em relação ao que tramitou apresentou índice de 64,4%, conforme dados do relatório.

TEMPO PROCESSUAL – Analisado o tempo processual constata-se que o tempo médio do processo baixado no TJMS, na justiça comum, para as ações, no primeiro grau, de conhecimento é de 2 anos, sendo menor que a média nacional em 9 meses. Nos juizados especiais destacam-se ainda as ações de conhecimento, cujo tempo é de 9 meses frente a média nacional de 2 anos e 3 meses.

Para o tempo de pendente, ou seja, da ação que ainda não foi baixada no período base, o foco permanece na justiça comum, com as ações de execução cujo tempo é 2 anos e 3 meses inferior a média nacional. Ademais destacamos as ações do segundo grau, em que a diferença de tempo chega a ser de um ano a menos em relação à média nacional.

CONCILIAÇÃO - O Tribunal figurou em quinto lugar no agrupamento de pequeno porte em quantidade de conciliações realizadas, segundo o relatório. O Tribunal superou a média nacional de 9,4%, alcançando um índice de conciliação de 13,8%.

VIRTUALIZAÇÃO – Em relação aos processos eletrônicos o TJMS destaca-se nacionalmente, em segundo lugar, entre os cinco tribunais que apresentam índice de 100% de virtualização.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mais Celeridade com a eliminação do "Tempo Morto" do Processo - 24/10/2016



A Constituição Federal brasileira assegura ao cidadão a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Da mesma forma, diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV e LXXVIII da CF/88).

Mas como dar efetividade e rapidez nas decisões com um Judiciário que garante o acesso à Justiça e, ainda, possui um acervo de mais de 100 milhões de processos em tramitação no país?

O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está dando efetividade às demandas que recebe com celeridade graças à Central de Processamento Eletrônico (CPE). Quando os autos estão na Central seu trâmite acelera, acabando-se com o chamado "Tempo Morto", que é a fase em que o processo fica parado no cartório, aguardando rotinas feitas pelos funcionários nos atos meramente ordinatórios.

Por isto a CPE do Poder Judiciário de MS está fazendo uma verdadeira Revolução na Justiça Estadual. Com automação nas rotinas, padronização de procedimentos e atividades, uniformização dos modelos e servidores focados em suas tarefas, os jurisdicionados de MS podem contar com uma resposta efetiva em um tempo cada vez menor. Tudo isto sem aumento nos gastos públicos.

Este é o terceiro da série de textos explicativos para esclarecer aos advogados e a toda a sociedade acerca do funcionamento e benefícios da Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Eleita administração do Tribunal de Justiça para o biênio 2017/2018 - 26/10/2016



Os desembargadores do Tribunal Pleno elegeram por aclamação, nesta quarta-feira (26), os integrantes da administração do Tribunal de Justiça para o biênio 2017/2018. Assim, a partir de fevereiro de 2017 o Des. Divoncir Schreiner Maran conduzirá a Presidência do TJMS, o Des. Julizar Barbosa Trindade responderá pela Vice-Presidência e o Des. Romero Osme Dias Lopes será o Corregedor-Geral de Justiça.

Em um discurso sucinto, o Presidente eleito agradeceu e confessou estar sensibilizado com a confiança depositada pelos pares em seu trabalho. "Não farei promessas, mas assumo o compromisso de cuidar das pessoas. A magistratura em seus direitos e prerrogativas. Quanto aos servidores, vou focar para que haja quitação dos créditos junto ao Poder Judiciário. Para tanto, sei que posso contar com o Des. Julizar, na Vice-Presidência, com o Des. Romero, na Corregedoria-Geral de Justiça, e com o indispensável e imprescindível apoio de todos os pares".

O Vice-Presidente eleito também agradeceu a confiança e destacou que estará à disposição para resolver todos os problemas que estiverem ao seu alcance. Visivelmente emocionado, o Corregedor eleito considerou a data inesquecível e garantiu que fará o possível para auxiliar no bom andamento do Poder Judiciário na gestão 2017/2018.

Conheça – Natural de Dionísio Cerqueira (SC), Divoncir Schreiner Maran formou-se em 1975, pela Faculdade de Direito Santo Ângelo (RS). Passou a integrar a magistratura sul-mato-grossense em 1981, na Comarca de Bonito. Em 1983 foi promovido para Ponta Porã e, em 1987, foi promovido para a 2ª Vara Criminal de Campo Grande. A pedido, por remoção, assumiu a 15ª Vara Cível em dezembro de 1988. Judicou também na 8ª Vara Cível.

Foi presidente da Amamsul no biênio 1991/1992. Foi membro do TRE/MS no biênio 1995/1996. Em 1999, ocupou o cargo de juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça. Assumiu como desembargador em março de 2000. Exerceu o cargo de Corregedor-Geral de Justiça, no biênio 2007/2008. Preside o TRE/MS, na gestão 2015/2016.

Julizar Barbosa Trindade é natural de Ouro Branco, na Bahia, e formou-se em Direito na Fundação Educacional Eurípedes Soares da Rocha de Marília (SP). Ingressou na magistratura sul-mato-grossense em fevereiro de 1982, como juiz substituto em Corumbá. Três meses depois, tornou-se juiz de direito em Glória de Dourados. Em 1984, foi promovido para a 2ª Vara da Comarca de Amambai, 2ª entrância.

Em 1985, a pedido, foi removido para a 1ª Vara Cível de Ponta Porã. Em 1988, foi promovido para a Comarca de Campo Grande, Entrância Especial, onde atuou na Vara de Entorpecentes e Delitos de Trânsito com vítimas, na Vara da Fazenda e Registros Públicos, na 3ª Vara Cível Residual e na Vara de Cartas Precatórias Cíveis, onde permaneceu até a promoção ao cargo de desembargador, em fevereiro de 2007. Foi Corregedor-Geral de Justiça no biênio 2015/2016.

Mineiro de Manhuaçu, Romero Osme Dias Lopes ingressou na magistratura de MS em setembro de 1980 em Cassilândia. Em abril de 1983, foi promovido para atuar na 2ª entrância na 2ª Vara Cível em Aquidauana. Em setembro do mesmo ano, a pedido, foi removido para a Comarca de Paranaíba.

Quatro anos depois recebeu outra promoção: desta vez para a entrância especial e atuou na Capital como juiz da Vara de Execução Fiscal. Foi juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, em 2002 e 2003. Por permuta, foi removido para a 4ª Vara de Família, onde nem chegou a atuar, pois quando estava em transição foi indicado para o Tribunal de Justiça. Tomou posse como desembargador em maio de 2007.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa na Escola promove semana de discussão e capacitação - 31/10/2016



A Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ), por meio da equipe da Justiça Restaurativa na Escola (JRE), realizará de 7 a 10 de novembro a "II Semana da Justiça Restaurativa". O evento será realizado na Escola Estadual Lúcia Martins Coelho, no Centro de Campo Grande e reunirá aproximadamente 150 representantes das escolas municipais e estaduais atendidas pela JRE, além de parceiros da Coordenadoria da Infância.

O objetivo é divulgar para a comunidade escolar o trabalho realizado e fomentar a discussão sobre as práticas pacíficas de resolução de conflitos, utilizando o diálogo como ferramenta, juntamente com os valores da justiça restaurativa para disseminar a cultura da paz e prevenir ações de violência no ambiente escolar.

A programação terá início na manhã do dia 7 de novembro com a abertura do evento ministrada pelo coordenador da Infância e Juventude do TJMS, Des. Eduardo Machado Rocha. Logo após haverá a palestra "Adolescência, Sociedade e Reprodução da Violência", ministrada pelo Prof. Paulo César Duarte Paes.

Haverá ainda uma mesa redonda com a participação da promotora de justiça Vera A.C. Bogalho Frost Vieira, do defensor público Eugênio Luiz Damião e da facilitadora da Justiça Restaurativa Juvenil, Marineide da Silva Pedreira.

Nos dias 8 e 9 ocorrerá um curso de capacitação para os professores e coordenadores das escolas municipais e estaduais atendidas pela JRE. Os participantes foram divididos em três turmas de 20 até no máximo 25 profissionais, que receberão orientações quanto às práticas restaurativas, e estudo de casos.

Já no dia 10, às 19 horas, será realizada uma palestra para pais e alunos na Escola Municipal Hércules Maymone, com o intuito de sensibilizá-los para a responsabilização perante seus atos e omissões, e ainda sobre o papel de cada um na escola. Pais, alunos, escola e Judiciário unidos rumo a um futuro de paz.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juízes falam de guarda compartilhada e redução da maioridade penal - 03/11/2016



De 30 de outubro a 2 de novembro, a Sociedade Brasileira de Pediatria realizou em Campo Grande, no Centro de Convenções Rubens Gil de Camilo, o 14º Congresso Brasileiro de Adolescência e o 1º Congresso Brasileiro de Áreas de Atuação da Pediatria. Entre os renomados palestrantes estavam os juízes Fernando Moreira Freitas da Silva, da comarca de Sidrolândia, e Giuliano Máximo Martins, da Vara Criminal de Aquidauana.

Fernando Moreira proferiu palestra sobre "Guarda Compartilhada: uma prevenção para a alienação parental", lembrando que em 2010 foi aprovada a Lei nº 12.318, que trata da alienação parental e, em 2014, foi aprovada a Lei nº 13.058, que dispõe sobre a guarda compartilhada.

No entender do juiz, não resta dúvida de que a guarda compartilhada é um instituto eficaz no combate à alienação parental, devendo ser estimulada pelo Judiciário. Contudo, a Lei nº 13.058 diz expressamente que a guarda compartilhada será utilizada inclusive na hipótese em que não houver acordo entre os guardiões.

"A nosso juízo, a alteração legislativa contrariou um dos princípios elementares da guarda compartilhada: a solução consensual dos conflitos. Para isso, a solução viável seria o juiz estimular a mediação familiar, mas temos outro problema: a lei da Alienação Parental foi vetada no ponto em que previa a mediação nos conflitos envolvendo alienação parental por entender que estamos diante de um interesse indisponível", esclareceu.

Diante desse cenário, Fernando Moreira lamentou o veto presidencial, pois a pacificação social é a finalidade do próprio Direito e a mediação familiar é o caminho mais eficaz, seja para pacificar o conflito e fazer prevalecer a guarda compartilhada, seja para combater a própria alienação parental. "O Judiciário possui um longo caminho pela frente para maturar a solução desses problemas, mas, como disse Paulo Freire, 'o caminho se faz caminhando'," concluiu.

Giuliano Máximo Martins tratou do tema Redução da Maioridade Penal, ao lado de médicos que explanaram argumentos científicos. Os médicos apontaram que aos 16 anos o adolescente, embora ciente da ilicitude de sua conduta, ainda não possui maturidade suficiente para se autodeterminar. Assim, a redução da maioridade acaba tratando adultos e adolescentes da mesma forma, o que não é adequado do ponto de vista da ressocialização.

O juiz de Aquidauana defende que a redução da maioridade penal não seria o caminho adequado para uma sociedade que sequer possui um sistema penitenciário que ressocialize o indivíduo. “Mostrei que uma alternativa viável seria o aumento dos investimentos na educação e no fortalecimento do vínculo familiar, permitindo reduzir os atos infracionais”.

Giuliano coordenou a mesa e abriu espaço para o debate, tecendo comentários em defesa de seu entendimento. “Foi uma experiência magnífica, pois tive contato com médicos que partilhavam da mesma opinião, trazendo argumentos técnicos da área médica”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadora de MS discute depoimento especial na Colômbia - 04/11/2016



A Desa Maria Isabel de Matos Rocha está em Cartagena, na Colômbia, para participar do 8º Congresso Latinoamericano da Infânica, Adolescência e Família, promovido pela Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia.

A magistrada brasileira está representando o Tribunal de Justiça e a Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), atualmente sob o comando do Des. Eduardo Machado Rocha. No evento, profissionais discutem violência familiar, violência de gênero, abusos, procedimentos da justiça criminal e da justiça da família em casos de violência, tráfico de crianças, controle parental, transferência ilegal de crianças pelos pais, entre outros temas.

Maria Isabel falou sobre a experiência brasileira do Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, um tipo de inquirição judicial especializada feita pelo Poder Judiciário e focou sua fala no funcionamento de tais serviços em Mato Grosso do Sul.

"Tais depoimentos são prestados por crianças ou adolescentes vítimas, em audiências judiciais de processos que em maioria envolvem atos de violência de gênero e do tipo sexual. Como tal a vulnerabilidade das vítimas justifica uma oitiva especializada. Esse tipo de inquirição exige infraestrutura tecnológica, métodos e técnicas específicos e visa reduzir sofrimento e danos psicológicos dos depoentes, além de proporcionar prova mais segura para a responsabilização dos agressores", explicou.

Importante ressaltar que o Depoimento Especial foi implantado em Mato Grosso do Sul e vem sendo utilizado com sucesso desde 2014, contabilizando-se centenas de depoimentos prestados por menores de 18 anos em moldes especializados.

Do congresso participam profissionais de todos os países da América Latina e apenas duas pessoas são de origem brasileira, sendo uma delas Maria Isabel. Ela confessou ser emocionante participar do evento para mostrar algo do que se faz no Brasil, em especial em MS.

"Pude perceber que cada um se preocupa com seu país, mas todos buscam a mesma coisa: formas de ajudar crianças e adolescentes. Os problemas são os mesmos, a gravidade é que varia de um lado ou de outro. Tratamos de temas muito importantes e inovadores, apesar de relatos de estágios mais precários. Enfim, todos os países têm coisas boas e posso garantir que estavam todos unidos pela infância", concluiu.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Parceria de Cejusc com Energisa convida 20 mil para conciliação - 04/11/2016



Mais uma oportunidade para os consumidores de Campo Grande quitarem seus débitos antes do final de ano do ano está disponível. O Poder Judiciário de MS, por meio do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Associação Comercial e Industrial de Campo Grande (ACICG), realiza o Mutirão de Conciliação da Energisa, que será realizada de 7 a 11 de novembro na ACICG.

Para esta ação foram enviadas 20 mil cartas para consumidores que tem algum tipo de débito, junto a empresa concessionária de energia. A iniciativa visa buscar um acordo entre empresa e consumidor, para que as dívidas não sejam ajuizadas. Uma forma fácil e rápida de solucionar os conflitos, proporcionando ao consumidor meios de negociar com boas condições de pagamento à vista ou com parcelamento estendido.

As pessoas que não foram convocadas por carta para o Mutirão de Conciliação também podem participar da ação se tiverem algum débito com a empresa concessionária e interesse de negociar. Para isso, basta ir até a Associação Comercial e Industrial de Campo Grande durante o mutirão.

Todos os acordos serão homologados por um juiz de direito, tendo validade jurídica. O mutirão será realizado Associação Comercial e Industrial de Campo Grande, localizado na rua XV de novembro, 390, sala 103, no centro de Campo Grande, em frente a Praça Ary Coelho.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Evento marca Semana Nacional da Justiça Restaurativa em MS - 07/11/2016



Na Semana Nacional da Justiça Restaurativa nas Escolas, comemorada de 7 a 9 de novembro em todo o país, o Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), está promovendo um ciclo de palestras denominado II Semana da Justiça Restaurativa.

O evento está sendo realizado na Escola Estadual Lúcia Martins Coelho na Capital e nos três dias de debates estarão em discussão assuntos de extrema importância relacionados aos adolescentes e sociedade.

O Des. Eduardo Machado Rocha, que responde pela CIJ, participou da solenidade de abertura e destacou a importância dos caminhos tomados a partir da instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na proteção dos jovens e na recondução dos jovens infratores dentro da sociedade. Ele ressaltou também a importância do apoio que o Tribunal de Justiça vem recebendo das escolas e varas responsáveis pelo tratamento destes jovens.

Além de palestras com especialistas nos assuntos que dizem respeito ao tratamento dos jovens quanto a criminalidade haverá também uma mesa redonda com a participação da promotora Vera Bogalho Frost Vieira, do defensor público Eugênio Luiz Damião e da facilitadora da Justiça Restaurativa Juvenil, Marineide da Silva Pedreira.

Nos dias 8 e 9 será realizado um curso de capacitação para professores e coordenadores das escolas municipais e estaduais atendidas pela Justiça Restaurativa na Escola. Os participantes serão divididos em três turmas de 25 profissionais para receber orientações quanto às práticas restaurativas e estudo de casos.

Na quinta-feira (10), às 19 horas, será realizada uma palestra para pais e alunos na Escola Municipal Hércules Maymone, com o intuito de sensibilizá-los para a responsabilização de atos e omissões, e ainda sobre o papel de cada um na escola. A intenção é unir pais, alunos, escola e Judiciário rumo a um futuro de paz.

Saiba mais - O projeto Justiça Restaurativa nas Escolas Estaduais em MS foi instituído em 2012 pelo acordo de cooperação técnica entre o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e a Secretaria de Estado de Educação, com a finalidade de atender alunos da rede pública estadual, objetivando a prevenção de conflitos no âmbito escolar.

As atividades desenvolvidas pelo projeto tiveram início em setembro de 2012 em três escolas que receberam o projeto piloto. Atualmente 19 escolas da rede estadual são atendidas, contemplando aproximadamente 20 mil alunos. Hoje o projeto é vinculado ao programa Cultura, Arte e Paz (CAP) da Secretaria de Estado de Educação.

Entre as principais atividades desenvolvidas pelo projeto estão ações preventivas, por meio de diálogos restaurativos com os alunos, objetivando trabalhar questões relacionadas à violência na escola, além de resolução de conflitos, reunião com os pais e capacitação de multiplicadores.

A equipe da Justiça Restaurativa na Escola é composta por psicólogos, bacharel em Direito e professores que realizam diariamente visitas às escolas, nos turnos matutinos e vespertinos, para os atendimentos de resolução de conflitos e o desenvolvimento das ações preventivas.

Com o projeto Justiça Restaurativa, o Poder Judiciário de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude, inova e serve de referência para outros estados brasileiros ao disseminar a cultura da paz na sociedade e oferecer novas formas de lidar com as situações presentes nas relações que ocorrem nas instituições educacionais. Trata-se de um novo modelo de justiça que amplia a ação a partir da perspectiva da vítima e da consideração do sofrimento ocasionado pela violência.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Interoperabilidade e integração com outros Órgãos - 07/11/2016



Para dar ainda mais celeridade aos Processos, a Central de Processamento Eletrônico (CPE) do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está integrada a outros órgãos da Justiça. Esta interoperabilidade só é possível porque quase todos os processos que tramitam no Judiciário sul-mato-grossense são Eletrônicos.

Atualmente, o Tribunal de Justiça de MS está integrado ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), ao Ministério Público Estadual, à Defensoria Pública Estadual, à Procuradoria-Geral do Estado e com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário.

Esta integração beneficia os jurisdicionados e, também, advogados, promotores, procuradores e defensores públicos que contam com uma justiça célere e efetiva.

Este é o quinto da série de textos explicativos para esclarecer aos advogados e a toda a sociedade acerca do funcionamento e benefícios da Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de Aquidauana é referência em Depoimento Especial no país - 07/11/2016



Nos dias 3 e 4 de novembro, duas técnicas da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), sob o comando do Des. Eduardo Machado Rocha, estiveram em Aquidauana e Miranda para iniciar o circuito de supervisão do Depoimento Especial em Mato Grosso do Sul. A supervisão está prevista para ser realizada em todas as comarcas que realizam audiências de Depoimento Especial, visando o fortalecimento e a segurança do uso da metodologia adequada.

Importante ressaltar que o TJMS, por meio da CIJ, implantou e difundiu o Depoimento Especial de crianças e adolescentes em processos judiciais, garantindo a este público o direito de ser ouvido judicialmente de forma diferenciada. A técnica, muito difundida em países europeus, começou a ser utilizada no Brasil pela justiça do RS e desde 2014 está presente em Mato Grosso do Sul, com uma sistemática que serve como modelo para os demais tribunais brasileiros.

O objetivo primordial do depoimento especial é diminuir a revitimização do menor, uma vez que as perguntas são feitas por técnicos capacitados na modalidade depoimento sem dano. A entrevista é feita por meio de perguntas que prestigie a fala livre da criança e do adolescente, de modo a causar-lhe menos danos psicológicos e melhorar a qualidade na produção da prova.

Evita-se com isso que a criança e o adolescente vítimas de abuso, seja sexual ou não, sejam ouvidos de modo diferenciado do sistema tradicional de Justiça, em que as inquirições são feitas numa sala de audiência, ou seja, num ambiente intimidativo, na presença de diversas pessoas, tais como o juiz, o promotor, o defensor/advogado, o secretário de audiência e, por vezes, o próprio acusado, limitando que a criança e o adolescente expressem os fatos que aconteceram devido ao medo, o que gera, por vezes, a não punição do agressor por falta de provas suficientes.

De 7 a 11 de novembro, as facilitadoras estarão nas comarcas de Bandeirantes, Coxim, Pedro Gomes, Rio Verde, São Gabriel e Camapuã para o circuito de supervisão e de 28 de novembro a 2 de dezembro, o trabalho abrangerá as comarcas de bonito, Jardim, Maracaju, Rio Brilhante e Nova Alvorada. A previsão é de dar continuidade nas outras comarcas no início de 2017.

Ressalte-se que as técnicas Rosa Pires Aquino e Doêmia Ceni foram capacitadas no grupo nacional de supervisores, que se reúne todos os anos com uma equipe dos EUA em São Paulo.

Para o juiz Giuliano Máximo Martins, da comarca de Aquidauana, Mato Grosso do Sul está muito bem quando o assunto é depoimento especial. "Temos um know-how muito elevado para garantir o direito da criança e do adolescente. Nossa Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) tem nos dado muito apoio, além de estrutura".

Giuliano é considerado Juiz Referência no Depoimento Especial em MS, uma vez que defendeu dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, em Portugal. Intitulado O Depoimento Especial da Criança no processo Civil e sua Valoração Probatória, o trabalho abordou a possibilidade do depoimento da criança no processo civil, fazendo estudo comparativo entre as legislações do Brasil e de outros países.

O juiz não esconde que é um defensor dessa forma de trabalho. "Desde fevereiro esta técnica vem sendo utilizada pela Vara Criminal - Infância e Juventude de Aquidauana para colher o depoimento de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas. Foi disponibilizada uma sala, com espaço lúdico, para acolhimento da vítima ou testemunha. Em outro ambiente, a entrevista é realizada por meio de videoconferência (áudio e imagem) assegurando privacidade, conforto e condições de acolhimento: tudo acompanhado pelo juiz, pelo promotor e pela defesa do acusado na sala de audiências", acrescentou.

Entusiasta da prática, ele recebeu uma nota excelente na dissertação defendendo que a oitiva tradicional da criança no processo pode afetar seu próprio desenvolvimento quando ela fala de fatos traumáticos.

"Assim, o depoimento especial seria uma alternativa para protegê-la do sistema jurídico e para respeitar seus direitos fundamentais. Logo, o depoimento especial, além de ser uma alteração de padrão do depoimento da criança, está embasada em princípios processuais e na própria capacidade cognitiva da criança. O depoimento especial permite valorar aquela prova de maneira mais segura em comparação com o sistema tradicional, o que permite uma fundamentação por parte do juiz tendo por base uma justificação lógica-racional", completou.

O juiz interrompeu as férias para participar do circuito de supervisão do Depoimento Especial.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inédito: Casal homoafetivo solicita adoção internacional junto à CEJAI/MS - 08/11/2016

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado, sob a presidência do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, recebeu no início deste mês de novembro, pela primeira vez, pedido de emissão de documento para dar continuidade a processo de adoção ajuizado por casal homoafetivo.

Trata-se da solicitação do documento denominado "Certificado de Continuidade", expedido nos termos do art. 17 da Convenção de Haia, por meio do qual a Autoridade Central Estadual (Presidente da CEJAI) declara estar de acordo com a continuidade do processo de adoção, com especificação dos dados dos adotantes e adotados, confirmando estarem os pretendentes devidamente habilitados e as crianças/adolescentes inteiramente aptos à adoção.

Ao receber o mencionado Certificado, realiza-se no Juízo da Infância e Juventude audiência com os pretendentes, inicia-se o estágio de convivência (em regra, por 30 dias), é elaborado relatório social/psicológico por Assistente Social, sendo, ao final, proferida sentença em audiência, que atribui a situação de filho aos adotados e os desliga dos vínculos com os parentes consanguíneos.

Neste caso específico, os requerentes são de nacionalidade francesa, pretendem adotar dois irmãos de tenra idade abrigados na Capital, foram habilitados para adoção internacional pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado de Minas Gerais e propuseram a ação de adoção neste Estado diante da integração proporcionada pelo Cadastro Nacional de Adoção.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de MS defende tese e conclui doutorado em São Paulo - 08/11/2016



O juiz de Direito Carlos Alberto Garcete de Almeida, titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, defendeu sua tese na manhã desta terça-feira (8), na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), e concluiu doutorado em Direito Processual Penal intitulada "Sistema jurídico penal e garantias fundamentais: crise processual e solução tríade". O magistrado recebeu nota 10 de toda a banca examinadora, composta por cinco professores doutores.

O magistrado, agora também Doutor em Direito, é Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul desde o ano 2006 e atua na magistratura sul-mato-grossense há 17 anos, aprovado no XVIII Concurso da Magistratura.

Garcete explica que em sua tese de doutorado os estudos foram baseados "na doutrina alemã do professor Bernd Schünemann sobre Teoria da Dissonância Cognitiva para concluir que o agente investigador não deve ser o mesmo que atua na fase processual da persecução criminal porque seu convencimento na segunda etapa se inicia contaminado, o que desnatura o conceito epistemológico de processo penal".

Sua pesquisa trouxe o propósito de depurar o sistema de investigação preliminar no processo penal brasileiro à luz da garantia constitucional ao devido processo legal, com o intuito de demonstrar que "dentro do nosso ordenamento jurídico, a tríade das atividades estatais de investigar, de acusar e de julgar deve ser exercida por instituições distintas, harmônicas e coordenadas entre si, porém desprovidas de qualquer vínculo de subordinação, a fim de evitar o efeito da contaminação e fomentar o necessário sistema de freios e contrapesos".

A condução coercitiva foi um dos exemplos da pesquisa para demonstrar a deformação do devido processo penal, baseado em um estado democrático de direito onde o juiz deve agir estritamente de acordo com o que a lei estabelece. Neste aspecto, Garcete questiona esta prática tão comum nos dias atuais, em que se admite que o investigado seja conduzido coercitivamente à presença da autoridade com base em interpretação extensiva da norma.

Tanto este ponto quanto outros são analisados sob o pensamento do "garantismo" e a preocupação dos estudiosos desta área quanto à crise de legitimidade do sistema penal "na medida em que aludida teoria tem sido tão desvirtuada nos últimos tempos, sob a justificativa de termos um sistema penal eficiente de combate à corrupção, o que acaba por desprezar o 'conjunto da obra', com o escopo de imputar-lhe a pecha de teoria que estaria a preconizar a impunidade em detrimento daquilo que seria a justiça dos homens".

A tese, segundo o magistrado, pretende demonstrar justamente que os alicerces de um verdadeiro Estado de Direito estão fixados nas tutelas de liberdade do indivíduo frente às várias formas do exercício arbitrário do poder como também "a confusão nas funções estatais de investigar, de acusar e de julgar, tudo em nome de uma pseudo-atuação eficiente do Estado".

Para acompanhar mais detalhes da carreira acadêmica, artigos e livros publicados do juiz, acesse o link http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4410163Z5.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Precatórios do TJMS tem nova página na internet - 09/11/2016



A página na internet dos Precatórios no portal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul está de cara nova.

"O novo layout, agora em forma de portal, era uma necessidade e uma solicitação do Des. Paschoal Carmello Leandro, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, para aperfeiçoar a antiga aba, de forma a possibilitar a máxima transparência e facilidade de acesso às informações da Gestão de Precatórios, marca registrada desta Administração", explicou Ricardo Galbiati, juiz auxiliar da Vice-Presidência e Gestor de Precatórios, lembrando que o trabalho levou dois anos para alcançar o atual nível de satisfação.

"Depois de várias tentativas, a nova página contempla todas as possibilidades de transparência – principal preocupação do Vice-Presidente e deste Gestor. Assim, devedores e beneficiários poderão buscar suas pendências e conhecer o andamento", concluiu Galbiati.

Navegando – No site é possível consultar diversas informações como Jurisprudência, Legislações, Notícias Relacionadas ao tema dos Precatórios, além do menu de Perguntas Frequentes, possibilitando ao usuário da página sanar as principais dúvidas.

Também é possível acessar os campos destinados aos beneficiários e aos devedores, com links para pesquisar o ranking de precatórios, dados bancários e o NIT para recebimento, consulta ao comprovante de Imposto de Renda, Emissão da Guia de Depósito Judicial, Consulta do Saldo Devedor e Relação dos Pagamentos Realizados de Precatórios.

No Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, conforme Regimento Interno, o recebimento e o processamento dos precatórios são tradicionalmente delegados à Vice-Presidência, com o auxílio de um Juiz Gestor de Precatórios, função prevista na Recomendação nº 39 do Conselho Nacional de Justiça.

Não se pode esquecer da estrutura administrativa do Departamento de Precatórios (DEPRE), setor que recebe as requisições de pagamento, cumpre seu processamento e elabora os cálculos necessários à liquidação e pagamento dos precatórios.

Quer conhecer o novo visual da página de precatórios?

Acesse http://www.tjms.jus.br/precatorios/index.php.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Decisão do STF deve reduzir número de execuções fiscais - 10/11/2016



A partir da decisão do STF desta quarta-feira (9), de que "O protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política", espera-se considerável diminuição do número de execuções fiscais que vem sendo ajuizadas.

O artigo 25 da Lei 12.767/2012 incluiu, no rol dos títulos sujeitos a protesto, as Certidões de Dívida Ativa (CDA) da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. Embora tivesse essa lei entrado em vigor, o dispositivo do art. 25 era objeto de ação direta de inconstitucionalidade no STF.

Agora não há mais dúvida: União, Estado, Distrito Federal, municípios, autarquias e fundações públicas poderão enviar as certidões de dívida ativa (CDA) diretamente para o protesto, nos respectivos cartórios.

A principal diferença é que se o devedor deixar que a CDA seja protestada, seu nome estará no cadastro de inadimplentes, cerceando-lhe muitas vezes o direito de obter crédito em bancos ou financeiras. Já a execução fiscal propicia a que o órgão jurisdicional efetue a penhora dos bens do devedor, para garantir a obrigação.

Questionado a respeito dessa decisão do STF, o desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva ressaltou que tramitam milhões de execuções fiscais no Brasil, quase todas aguardando prescrição, dada a ausência de bens penhoráveis em nome do devedor. "Melhor, portanto, que a fazenda pública envie a certidão da dívida pública para protesto, meio bem mais eficaz para recuperar o valor da dívida do que propriamente a execução fiscal".

O desembargador destacou a economia que essa medida trará para os cofres públicos. Lembrou que há pouco tempo um juiz recepcionou uma execução fiscal promovida pelo INMETRO, que buscava

receber do devedor a quantia de R$ 31,48. Isso fez com que o juiz oficiasse ao Conselho Nacional de Justiça pedindo providências, porque inaceitável que o Judiciário colocasse à disposição do credor todo um aparato (juiz, servidores, oficiais de justiça, impressão de documentos, informatização, publicações de atos na imprensa etc) para receber tal quantia. Esse fato levou o CNJ a tomar providências para que atos outros fossem implementados, de modo a não redundar na execução. "Daí o art. 25 da Lei 12.767/2012. Afinal faz mais efeito o protesto ou a inserção do nome do devedor no cadastro de inadimplentes do que propriamente a execução", concluiu o Des. Luiz Tadeu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ aprova criação de Conselho Estadual de Alienação de Bens Apreendidos - 10/11/2016



Foi aprovada na sessão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça desta quarta-feira (9) a minuta do anteprojeto lei que visa a criação do Conselho Estadual de Alienação de Bens Apreendidos por Crimes de Competência do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul (CEABA). Trata-se da regulamentação de uma iniciativa inédita no país em que o TJMS está promovendo o leilão antecipado de bens apreendidos como solução para desafogar pátios e depósitos das delegacias e do Judiciário.

Tudo começou há cerca de um ano pelo pioneirismo do juiz diretor do Fórum de Campo Grande, Aluízio Pereira dos Santos, que com o intuito de resolver o problema da superlotação destes espaços e pátios públicos, reuniu representantes de diversos órgãos para buscar uma destinação para tantos automóveis e objetos apreendidos sob a tutela do Estado. Desde então, começou-se um trabalho de alienação antecipada destes bens, sobretudo automóveis, sendo que o valor arrecadado fica disponível para eventual retirada dos proprietários numa conta judicial.

Para fomentar esforços para realização de leilões, o próprio magistrado solicitou à Presidência do Tribunal de Justiça a criação do Conselho, visando implantar uma política de atuação permanente de gerenciamento e venda dos bens apreendidos, como alternativa para resolver a questão da superlotação e deterioração desses bens em delegacias e Fóruns de todo o Estado.

Como justificativa para existência de tal Conselho, o magistrado cita a bem-sucedida experiência do Conselho Estadual Antidrogas (CEAD) que, sob o comando de juízes do TJMS na presidência da comissão de licitação de veículos, promoveu o leilão de mais de dois mil automóveis que foram apreendidos pelo uso no tráfico de drogas.

Todavia, permanecem nos pátios e depósitos veículos e objetos frutos de roubo, furto, etc. A alienação antecipada de bens, promovida pelo juiz Diretor da Capital tem se mostrado uma alternativa viável e, após estudo pormenorizado, a Presidência do TJMS evidenciou a necessidade de criação de um órgão especializado, com estrutura própria, composto por representantes de órgãos públicos interessados, para a implantação de efetiva política de gerenciamento e venda desses bens.

Além de garantir o desafogamento destes espaços públicos, o rápido andamento dos procedimentos de alienação de bens apreendidos, a criação do CEABA vem ao encontro da Recomendação nº 30, de 10 de fevereiro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a antecipação de bens apreendidos em procedimentos criminais.

No estudo realizado sobre a situação, o TJMS constatou a existência de um vasto estoque de bens apreendidos, especialmente veículos, que se acumulam nos órgãos públicos, o que vem acarretando, dentre outras coisas, deterioração desses bens, furto de peças, problemas de saúde pública e alto custo de armazenamento.

Agora o projeto segue para apreciação na Assembleia Legislativa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados participam de curso sobre Gerenciamento de Riscos e Crises - 11/11/2016



Ontem e hoje (11), juízes da Capital e do interior estão em Campo Grande para participar do 59º Curso para magistrados com o tema Gerenciamento de Riscos e Crises no Exercício da Magistratura.

O curso atende solicitação da Comissão Permanente de Segurança Institucional do TJMS, presidida pelo Des. Vladimir Abreu da Silva, que entende ser essencial a formação do magistrado na área de segurança, visando a proteção de sua integridade física, de seus familiares e da própria instituição.

O primeiro dia de curso foi no auditório da Acadepol e, em sua fala de abertura, o Des. Vladimir agradeceu à diretora da Academia de Polícia de MS, delegada Maria de Lurdes Souza Cano, pelo apoio e auxílio para que magistrados tenham mais conhecimento e prática a fim de que desempenham a judicatura diária com mais segurança e tranquilidade.

"Esperamos que nossos juízes, por meio desse curso, ampliem seus conhecimentos quanto à prevenção na segurança pessoal, patrimonial, institucional e da informação".

Saiba mais – O 59º Curso para magistrados com o tema Gerenciamento de Riscos e Crises no Exercício da Magistratura foi realizado pelo TJMS, por intermédio da Escola Judicial (Ejud-MS) na sede da ACADEPOL-MS.

Ontem, foram discutidos temas como "Os sistemas de segurança do Poder Judiciário Estadual", com a delegada Suzimar Batistela e o Cel Geraldo Garcia Orti; "Gerenciamento de riscos e crises no cotidiano do magistrado", com o juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital, Fernando Paes de Campos; "Segurança da Informação", com o servidor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, Luis Alfredo Pereira Soto, e "Primeiros Socorros", com o perito médico legista, Ronaldo Rosa.

No período vespertino foram abordados os temas "Segurança pessoal e institucional, legislação e normas" com os professores da Acadepol Marcelo Vargas Lopes e Ivan Barreira, e "Programa de defesa pessoal", com o professor Lincoln Silva Cristóvão.

Na manhã desta sexta-feira, os participantes do curso fizeram aulas práticas no Autódromo Internacional Orlando Moura (Campo Grande/MS) de direção defensiva e evasiva, com o professor Wilson Xavier Paiva, e os trabalhos foram finalizados na ACADEPOL com discussão sobre "Tipos de armamentos e técnicas de tiro", com o delegado Márcio Shiro Obara.

Este curso foi credenciado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e teve por objetivo possibilitar conhecimento teórico e prático acerca de gerenciamento de riscos e crises no exercício da atividade judicante.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízas e servidoras de MS debatem violência contra a mulher em MG - 16/11/2016



"O Fonavid foi de grande importância, com a discussão de temas de alta relevância, considerando os 10 anos da Lei Maria da Penha. Houve palestra sobre questão de gênero e debates sobre pontos importantes à aplicação da lei e melhor proteção à vítima, como medidas protetivas por meio eletrônico, sistema nacional de dados sobre a violência contra mulher e o fortalecimento da rede de atendimento".

Com essas palavras, a juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar da Capital, avaliou a oitava edição do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid), criado para propiciar o intercâmbio de ideias entre magistrados sobre as questões que envolvem a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Segundo Jacqueline, foram também discutidos pontos polêmicos como, por exemplo, a possibilidade de concessão de medidas protetivas para a mulher - independentemente de eventual ilícito penal, com o intuito de abarcar a violência psicológica, muito comum atualmente, e a aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica contra a mulher.

"Foram elaborados enunciados e formuladas moções com relação à estrutura dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher em todo país", completou a juíza.

Esta edição do Fonavid foi realizada em Belo Horizonte (MG), no auditório do Othon Palace, e representando o Poder Judiciário de MS estavam as juízas Simone Nakamatsu e Jacqueline Machado, da 1ª e da 3ª Varas de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande, respectivamente, além da psicóloga Sandra Regina Monteiro Salles e da assistente social Vanessa Vieira, ambas da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar da Capital.

De MS estiveram também as servidoras Luciana Ferreira Santos Caribé, da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, e Érika Arévalo da Rosa, assessora jurídico-administrativa da Vice-Presidência.

Simone Nakamatsu discutiu matéria criminal e Jacqueline Machado ficou na área cível e de medidas protetivas. As servidoras Luciana, Sandra e Vanessa debateram intervenções com mulheres, seus dependentes e homens envolvidos em situação de violência doméstica, enquanto Érika discutiu assuntos legislativos e celebração de convênios para o desenvolvimento de projetos nas varas/juizados.

O tema da edição foi Lei Maria da Penha – 10 anos. Gênero: Para Além da Questão Jurídica, para um público-alvo composto de magistrados e técnicos de equipes multidisciplinares dos Juizados e Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Alguns participantes divulgaram boas práticas desenvolvidas e a Carta de Belo Horizonte, que envolve todo o trabalho realizado nos dias de evento, será divulgada possivelmente até o final desta semana.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Jurista espanhol visita Tribunal de Justiça de MS e conhece a CPE - 18/11/2016



Na tarde desta sexta-feira (18), o jurista espanhol Miquel Martin Casals esteve no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Acompanhado pelo juiz da 1ª Vara do Juizado Especial da Capital, Vitor Luis de Oliveira Guibo, e pelo diretor do Instituto de Direito e História (IDH), Celso Panett Philbois, o jurista conheceu as instalações do Poder Judiciário de MS e alguns de seus projetos.

Entre as iniciativas apresentadas estão o processo eletrônico, a Central de Processamento Eletrônico (CPE) e a sala segura do TJMS, um ambiente projetado para a tecnologia da informação e que possui diversos subsistemas de proteção contra fogo, água e gases.

Casals conheceu as instalações da CPE e pode acompanhar o modo de trabalho executado pelos servidores da Central, que torna a tramitação processual mais célere, uma vez que o Judiciário de MS tem sua totalidade de processos no estado eletrônico e, ainda, os servidores da central produzem três vezes mais, pois ficam focados nas tarefas, não precisando atender o público.

Ao final, reuniu-se com o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, em seu gabinete, para discutir temas jurídicos. Miquel Martin Casals é uma das maiores autoridades mundiais na seara da Responsabilidade Civil. Atualmente é professor na Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona, na Espanha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CGJ edita Provimento que cria a Central Eletrônica de Registro de Imóveis de MS - 21/11/2016



A Corregedoria-Geral de Justiça, por meio do Provimento nº 146, de 18 de novembro de 2016, publicado no DJE nº 3698, de 22 de novembro de 2016, criou a Central Eletrônica de Registro de Imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul - CERI-MS, para operacionalização do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, regulamentado pelo Provimento nº 47, de 19 de junho de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI está sendo operado com utilização da Central Eletrônica de Registro de Imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul/ CERI-MS, criada em plataforma única e integrada obrigatoriamente por todos os Oficiais de Registro de Imóveis para o armazenamento, a concentração e a disponibilização de informações, bem como para efetivação das comunicações exigidas sobre os atos praticados nos serviços de registro de imóveis, além da prestação dos respectivos serviços por meio eletrônico e de forma interligada.

A implantação do sistema visa desmaterializar procedimentos registrais internos das serventias e facilitar o intercâmbio de informações entre os Cartórios de Registro de Imóveis, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral, de modo a imprimir eficácia e celeridade na prestação jurisdicional e do serviço público.

Toda e qualquer solicitação feita por meio da CERI-MS será enviada ao Serviço de Registro de Imóveis competente, que será o único responsável pelo respectivo processamento e atendimento, pois o registrador escriturará e manterá, em segurança e sob seu exclusivo controle, os indicadores, documentos e dados eletrônicos, bem como os livros físicos, respondendo, indefinida e permanentemente, por sua guarda e conservação.

A CERI-MS funcionará por meio de aplicativo próprio, disponível na internet, em endereço eletrônico seguro, desenvolvido, cedido, mantido, operado e publicado sob o domínio da ANOREG-MS, capaz de integrar todos os oficiais de registro de imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul e de se conectar com outras centrais eletrônicas de registro de imóveis existentes no país.

Os documentos eletrônicos apresentados aos ofícios de registro de imóveis ou por eles expedidos serão assinados com uso de certificado digital, propiciando segurança completa ao público em geral.

Para a efetivação dos atos a serem praticados por meio da CERI-MS, o usuário efetuará o pagamento das despesas devidas, ressalvadas as hipóteses de isenção previstas em lei, cujos valores serão destinados ao oficial de registro de imóveis responsável pela serventia competente.

A Central Registradores de Imóveis será composta por todos os oficiais de registro de imóveis, de forma gratuita e independente de filiação associativa, os quais deverão acessar o portal de serviços para recebimento de títulos e solicitações de certidões e informações, bem como para incluir dados específicos e encaminhar certidões e informações.

Os Oficiais de Registros de Imóveis do Estado deverão providenciar o cadastramento no sistema, com envio das informações pertinentes, contendo todas as matrículas, nomes e CPFs ou CNPJs dos atuais delegatários ou responsáveis interinos, que deverá ocorrer no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da publicação do Provimento.

O cadastro das Varas ou Juízos, por sua vez, será realizado pelo master do Tribunal, que credenciará os magistrados e servidores por eles indicados.

A CERI-MS compreende os seguintes módulos: Protocolo Eletrônico de Títulos; Acompanhamento Registral Online; Repositório Confiável de Documento Eletrônico; Banco de Dados Simplificado; Pesquisa Eletrônica de Bens e Direitos; Certidão Eletrônica; Ofício/Mandado Eletrônico; Penhora on line; Visualização de Matrícula Online; Notificações de Alienações Fiduciárias; Monitor Registral; Informações Estatísticas; Alerta de prazos; DETRAN e Relatório de Serviços. É obrigatória a utilização dos módulos da CERI-MS pelos oficiais de registro de imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul.

O título apresentado em arquivo eletrônico poderá ser baixado mediante importação para o sistema da serventia ou impresso, hipótese em que constará da impressão a informação ter sido o documento obtido diretamente na CERI-MS.

O Sistema CERI-MS dispõe do módulo de Acompanhamento Registral Online, que possibilita ao usuário acompanhar, pela internet, as etapas de tramitação do título apresentado ao ofício de registro de imóveis. Ainda, os serviços de acompanhamento registral poderão também ser prestados diretamente pelos oficiais de registros de imóveis, nos sistemas de suas serventias, sem prejuízo do fornecimento das informações à CERI-MS.

O módulo Banco de Dados Simplificado - BDS reúne o conjunto de informações fornecidas pelos oficiais de registro de imóveis à CERI-MS, destinadas à consulta por usuários públicos e privados, para identificação de registros de bens e direitos, bem como da serventia onde tenham sido lavrados.

Por outro lado, o módulo Pesquisa Eletrônica de Bens e Direitos permite a qualquer pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, acessar a CERI-MS, mediante prévio cadastramento e devida identificação, para verificação da existência e da localização de quaisquer atos praticados pelos oficiais de registro de imóveis e comunicados ao BDS. A resposta aos pedidos de pesquisa eletrônica de bens e direitos será fornecida em 24 horas quando o número de imóveis relacionados não ultrapassar 10 unidades e, em 48 horas, na hipótese em que o número de imóveis for de até 50 unidades, prevalecendo o prazo de 5 dias nos demais casos.

O módulo Certidão Eletrônica possibilita a solicitação e disponibilização, por meio da CERI-MS, de certidão assinada eletronicamente, que ficará disponível no sistema para ser baixada pelo requerente pelo prazo de 30 (trinta) dias, sendo posteriormente arquivada em sua base de dados para consultas no prazo de até 5 anos.

O interessado poderá solicitar a qualquer oficial de registro de imóveis do Estado de Mato Grosso do Sul que a certidão eletrônica disponibilizada na CERI-MS seja impressa em papel e assinada fisicamente, mesmo que não tenha sido expedida por aquela serventia, a qual terá a mesma validade daquela emitida na forma eletrônica que lhe deu origem. Nesse caso, deverá ser recolhida a importância referente aos emolumentos correspondentes à certidão, os quais serão destinados ao oficial do registro de imóveis responsável pela serventia que lavrou o ato pesquisado e, se for o caso, também à serventia materializadora, ressalvadas as hipóteses de isenção previstas em lei estadual.

Ao realizar a solicitação, após prévio cadastramento e devida identificação e recolhimento do emolumento, a pessoa interessada escolherá uma das seguintes opções sobre a forma pela qual deseja receber a certidão: fisicamente, direto na serventia onde o ato foi lavrado; fisicamente, em ofício de registro de imóveis diverso daquele onde o ato foi lavrado; fisicamente, no endereço de seu domicílio, mediante envio pelos correios; eletronicamente, por meio da própria CERI-MS, em arquivo assinado digitalmente.

A CERI-MS disponibilizará aplicativo gratuito para leitura e verificação de autenticidade e integridade da certidão eletrônica, bem como do atributo de quem a assinou e da data de sua emissão.

De outro norte, o sistema também dispõe do módulo Mandado Ofício Eletrônico, que se destina à consulta, requisição eletrônica, pelo Poder Público, de informações e de certidões registrais, aos serviços de registro de imóveis, em substituição aos ofícios em papel, bem como à formalização e ao tráfego de mandados para registro ou averbação, nos ofícios de registro de imóveis, de penhoras, arrestos, sequestros e de outras ordens judiciais, remessa e recebimento das informações relativas à prática desses atos ou de eventual exigência a ser cumprida para acolhimento desses títulos, além de cancelamentos de restrições. As operações de consulta e resposta doravante serão realizadas, exclusivamente, por meio da CERI-MS, vedado o trânsito e disponibilização de informações registrais por correio eletrônico ou similar.

Poderão aderir à utilização do módulo Ofício Eletrônico os entes e órgãos públicos que manifestem interesse justificado nas informações registrais, mediante celebração de convênio com a Anoreg-MS, responsável pela manutenção da CERI-MS.

Para a efetividade dos serviços eletrônicos previstos no Provimento por parte de usuários privados, aplica-se a toda certidão digital o valor da certidão previsto no item 8 da Tabela II do Anexo da Lei n. 3.003, de 7 de junho de 2005, que será atualizado na forma e periodicidade dos emolumentos em geral.

O cadastro de interessados poderá ser realizado gratuitamente no endereço eletrônico www.cerims.com.br, mediante o preenchimento de formulário que, após finalizado, permitirá o acesso ao sistema por meio de login e senha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados de MS defendem dissertação e concluem mestrado - 25/11/2016



Esta semana, oito magistrados de MS defenderam suas dissertações de mestrado em Garantismo, Direitos Fundamentais e Processo Judicial. O curso de pós-graduação faz parte de um convênio do TJMS, por meio da Ejud-MS, com a Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona, na Espanha, e o Instituto de Direito e História (IDH).

Isso significa que, a partir de agora, o quadro da magistratura sul-mato-grossense tem mais oito mestres: Elizabete Anache, Denize de Barros Dódero, Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, Alexandre Correa Leite, Vitor Luís de Oliveira Guibo, Gabriela Müller Junqueira, César de Souza Lima e Marcelo Câmara Rasslan.

Elizabete Anache abordou "Falsas Memórias no Processo Penal" e, questionada sobre o que pretende fazer, contou que seu único plano agora é fazer as alterações sugeridas pela banca e entregar a versão definitiva.

Denize de Barros Dódero escreveu sobre o processo penal. O tema da dissertação foi "Das provas ilícitas no processo penal: Uma ponderação sobre sua fiabilidade e utilização à luz do princípio da proporcionalidade", e confessa que foi uma grande oportunidade de aprimoramento profissional e crescimento pessoal.

Larisa Ditzel abordou a "Ultra-atividade dos Entendimentos Jurisprudenciais". Ela confidenciou que sentiu uma certa tensão na apresentação pelo fato de defender a tese perante examinadores tão renomados.

"Com a conclusão do mestrado, encerrou-se um ciclo de dois anos de muito estudo, dedicação e aulas com professores excelentes, que muito contribuiu para meu crescimento e enriquecimento pessoal e profissional. Certamente darei continuidade aos estudos, seja em um doutorado seja em um outro mestrado", disse Larissa.

O tema da dissertação de Alexandre Correa Leite foi "A Sanção no Direito Processual Civil Brasileiro: Uma análise à luz do positivismo jurídico". E, no momento, não pensa em outros cursos de pós-graduação.

Vitor Luís de Oliveira Guibo escolheu para sua dissertação "O Tratamento processual das Provas Ilícitas no Brasil", e Gabriela Müller Junqueira dissertou sobre a "Presunção de Inocência: Uma questão de interpretação".

Para sua dissertação, César de Souza Lima escolheu "Presunção de Inocência e a Fixação da pena no Brasil Quanto aos Antecedentes Criminais", e já pensa em um doutorado. Ele afirmou que foi uma oportunidade única propiciada pelo TJMS e pela Ejud-MS.

"Reconheço as dificuldades da administração e, por isso, torna-se louvável este investimento nos juízes. Agradeço muito a todos os envolvidos, sem esquecer do esforço do Des. Ruy Celso Barbosa Florence para firmar o convênio, quando esteve a frente da Ejud, e do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso em mantê-lo".

O Des. Marcelo Câmara Rasslan fez sua dissertação sobre os "Riscos da Intervenção Direta do Juiz na Produção da Prova", que, segundo ele, deve ser realizada pelas partes, sob a supervisão do juiz, evitando prejulgamento e permitindo que o juiz permaneça imparcial e independente durante todo o processo. "Estou satisfeito com o mestrado e agora quero descansar, sem outro compromisso acadêmico, por ora".

Os novos mestres uniram-se aos magistrados Aluizio Pereira dos Santos, José de Andrade Neto, Roberto Ferreira Filho e Giuliano Máximo Martins. Os quatro defenderam suas dissertações anteriormente.

Aluizio Pereira dos Santos dissertou sobre "A tecnologia em favor dos julgamentos dos crimes de competência do Tribunal do Júri"; José de Andrade Neto sobre "O aproveitamento excepcional da prova ilícita", e Roberto Ferreira Filho abordou "O Tribunal do Júri e a necessária compatibilização entre a soberania dos vereditos e o contraditório".

Giuliano é considerado Juiz Referência no Depoimento Especial em MS, uma vez que defendeu dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, em Portugal. Intitulado O Depoimento Especial da Criança no processo Civil e sua Valoração Probatória, o trabalho abordou a possibilidade dos depoimentos da criança no processo civil, fazendo estudo comparativo entre as legislações do Brasil e de outros países.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

VEP do Interior começa a ouvir presos por videoconferência - 25/11/2016



Teve início nesta semana as audiências da Vara de Execução do Interior que gerenciará todas as execuções penais do interior do Estado. Para evitar custos com diárias e tempo gasto com deslocamentos, as audiências estão sendo realizadas por videoconferência.

Na última terça-feira (22) foram realizadas 14 audiências de justificação: 4 delas com presos de Coxim e outras 9 com sentenciados da Comarca de Dois Irmãos do Buriti. Além destas duas localidades, nesta semana a VEP do Interior recebeu os feitos de execução penal de Paranaíba. Com isso, mais de 500 ações já estão em andamento.

A VEP do interior busca dar uniformidade aos procedimentos na execução penal em todo o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, seguindo o exemplo de sucesso adotado na Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Setores do Poder Judiciário começam a mudar para o Cijus - 28/11/2016



Os preparativos para o início das atividades no Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho (Cijus) estão na reta final. A inauguração do novo e moderno prédio do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul será no dia 8 de dezembro. O local abrigará diversos serviços jurídicos para atender a população de Campo Grande em uma localização estratégica, no cruzamento da rua 26 de Agosto com a Av. Calógeras. É mais espaço para mais Justiça.

Alguns setores e órgãos do Judiciário já começaram a mudança nesta segunda-feira (28). É o caso da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), que suspende suas atividades do dia 28 de novembro até 2 de dezembro em razão da mudança do endereço da Rua das Garças, 1140, para o Cijus. Neste caso, com o atendimento presencial suspenso e o telefone fixo indisponível, o contato com a Coordenadoria pode ser feito pelo telefone funcional 99120-1687.

De 2 a 6 de dezembro ocorre a desmontagem, armazenamento e mudança dos móveis e equipamentos eletrônicos do Juizado Central. As salas de audiências serão desmontadas a partir do dia 8, mantendo-se uma estrutura mínima para finalizar a pauta do ano. A Coordenadoria de Atendimento/atermação iniciará no Cijus somente no dia 8.

No dia 5 de dezembro, a Central de Processamento Eletrônico (CPE) começa sua mudança para o novo prédio. Primeiramente com o Departamento Cível, Apoio Judicial e a parte dos Juizados Centrais. Em outro momento o Departamento Criminal irá para o novo prédio.

Conheça – Com área construída de 13.272,77 m², o Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho (Cijus) está situado na área central, o que significa um local estratégico por ser próximo a pontos de ônibus, táxis e mototáxis, além de possuir amplo estacionamento no subsolo e no terraço, com 277 vagas para carros e 82 para motocicletas, incluídas as vagas para idosos e pessoas com deficiência.

O local onde funcionará o Cijus passou por uma ampla obra de adequação e reforma que privilegia a acessibilidade e a ecoeficiência, com elevadores, escadas rolantes, rampas e banheiros adaptados, incluindo-se sistema de climatização eficiente e moderno. O prédio tem dois pisos, área ampla de subsolo e estrutura para receber mais dois pavimentos

No Centro Integrado de Justiça ficarão os Juizados Especiais, com 19 salas de audiências, duas salas de palestras, 21 salas de conciliação, três para Defensoria, três para o Núcleo de Mediação, além de 220 lugares de espera com o necessário conforto ao usuário. No pavimento térreo estarão a atermação, a triagem, o serviço expresso e o Gabinete Médico Odontológico.

Para o Departamento dos Juizados Especiais haverá duas salas amplas, 16 gabinetes para juízes, sala de reunião, central de segurança, sala de contadoria, de apoio para a Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria, Promotoria e para a OAB. Neste ambiente também estará instalada a Central de Processamento Eletrônico (CPE), com 128 estações de trabalho e salas de apoio.

A Coordenadoria de Infância e da Juventude terá cartório, seis salas de atendimento psicossocial, de psicólogos e de assistente social. A Justiça Restaurativa terá cartório, sala de ludoterapia, brinquedoteca e ao o Núcleo de Projetos, como o de adoção e do Projeto Padrinho. As Turmas Recursais terão plenários e sala ampla no pavimento superior.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Portaria institui citação eletrônica de réus presos - 29/11/2016



Foi assinada na manhã desta terça-feira (29), no gabinete do juiz diretor do Foro de Campo Grande, Aluizio Pereira dos Santos, a Portaria nº 40, que implanta a videoconferência para o cumprimento de mandados de citação e intimação das sentenças criminais de acusados que se encontram presos nos estabelecimentos penais da Capital.

O evento contou com a participação do diretor-presidente da Agepen, Ailton Stropa Garcia, além de todos os diretores de presídios de Campo Grande e da comissão de representantes dos oficiais de justiça.

As citações e intimações de sentenças criminais por videoconferência começam a funcionar em caráter experimental no Presídio de Segurança Máxima ao longo do mês de fevereiro de 2017. Caso alcance resultados positivos, serão feitas novas tratativas para dar continuidade à prática.

A medida é importante, pois, segundo o juiz diretor do Foro, "há sérios problemas relacionados ao cumprimento dos mandados nos presídios, mormente no de Segurança Máxima em razão das rígidas regras de segurança. No caso, os oficiais de justiça são obrigados, além da revista pessoal, a se dirigirem às celas, percorrendo enormes corredores, trancas, etc. até encontrar os presos e no mais das vezes são ultrajados com maior intensidade se mulheres".

Afirma o juiz que a tecnologia permite citar e intimar presos por meio da videoconferência, "inclusive diariamente são cumpridos atos processuais de maior complexidade nas Varas de Execuções Penais e Criminais de todo o país como, por exemplo, os interrogatórios e até foram realizados nesta Capital três júris de acusado de homicídio com o uso desta ferramenta, cujos acusados se encontravam recolhidos nos presídios de segurança máxima do Rio de Janeiro/RJ, de Guarulhos/SP e, finalmente, em Rio Branco/AC, sem arguição de nulidades".

Para quem não sabe, citação é ato processual realizado exclusivamente por oficial de justiça e tem a finalidade de levar ao conhecimento do acusado que está sendo movido um processo contra si e a partir da qual a relação triangular se fecha com os três sujeitos envolvidos no litígio: autor, réu e juiz.

Para viabilizar o sistema, conforme os termos da Portaria, o Setor de Distribuição de Mandados encaminhará previamente cópias da denúncia ou da sentença para o corpo jurídico da Agepen por meio do malote digital e será agendado o dia e hora quando um oficial de justiça dará ciência do conteúdo, perguntando especialmente aos presos se têm advogado ou se pretendem recorrer no caso de sentença, esclarecendo os direitos e colhendo a assinatura, certificada digitalmente.

A grande novidade é que tais atos podem ser anexados diretamente no SAJ como ocorre com as audiências em geral, ganhando com isto maior rapidez no andamento dos processos, menos servidores envolvidos, economia de tempo e recursos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mês Nacional do Júri teve 82% de efetividade em MS - 02/12/2016



Terminou, no dia 30 de novembro, o Mês Nacional do Júri. A ação promovida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul resultou em 120 sessões de julgamento, o que representa 82% de efetividade. Nos anos anteriores, a ação era realizada em apenas uma semana, contudo, em março deste ano, gestores dos tribunais responsáveis pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), reunidos no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovaram proposta para estender a ação por um mês.

Para o período foram pautados 145 casos de homicídios tentados ou consumados. 120 foram realizados, tendo como resultado dos julgamentos pelo corpo de jurados 88 condenações, 19 absolvições e 13 desclassificações do crime.

Com período maior, os magistrados tiveram mais tempo para adequar suas pautas e tomarem as demais providências para a realização de júris, organizando-se para os dias que entenderam oportunos, considerada a realidade de cada vara e comarca do Estado, é o que explica o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, gestor das metas do CNJ em Mato Grosso do Sul.

O magistrado avaliou como muito positivo o resultado obtido neste mês de intensos trabalhos. "*Este formato de um mês de trabalhos ficou melhor para os juízes prepararem os processos para que as sessões do júri fossem efetivamente realizadas. É realmente uma evolução. Com um mês para a ação, mais processos foram pautados e, consequentemente, os resultados foram mais efetivos*".

O juiz Luiz Cavassa lembrou ainda que nesta edição foi dada prioridade a certos tipos de circunstâncias e características em que o crime foi cometido. "*O CNJ pediu que fosse dada prioridade aos casos de feminicídio, violência policial e crimes ocorridos ao redor de bares, com denúncias recebidas até 31 de dezembro de 2012 e sem prejuízo dos demais crimes contra a vida. Desta forma, pudemos mostrar a efetividade da Justiça sul-mato-grossense, dando satisfação à sociedade e, principalmente, às famílias das vítimas*", disse.

Uma das sessões do Tribunal do Júri mais emblemáticas deste Mês Nacional do Júri ocorreu no dia 22 de novembro, quando o réu N.P., que se encontra preso na cidade de Guarulhos, em São Paulo, foi julgado mesmo não comparecendo ao plenário do Tribunal do Júri em Campo Grande, por videoconferência. Isto foi possível porque em Mato Grosso do Sul a tecnologia é utilizada em larga escala. Com isto, foi evitado mais de 4 mil km de escolta policial.

"*Em Campo Grande somos pioneiros na realização de Júris por videoconferência. Durante o mês do júri foi realizado nestas circunstâncias, isto é muito bom em termos de economicidade e de segurança, garantindo o mesmo padrão de julgamento e dando celeridade na resposta jurisdicional*", disse o gestor das metas.

O link de consulta dos processos está disponível na intranet com o título "ENASP – Mês Nacional do Tribunal do Júri" (https://www.tjms.jus.br/intranet/secretarias/csm/metaEnasp/index.php).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Servidores realizam palestras em escolas sobre 16 Dias de Ativismo - 02/12/2016



A Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, representada pelos servidores Luciana Caribé e Wilmar Nery, sob a coordenação do Des. Paschoal Carmello Leandro, participa das atividades programadas pelo Governo do Estado em comemoração aos 16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência Contra as Mulheres.

Os servidores proferiram palestra, na manhã de quinta-feira (1), na Escola General Malan, a fim de esclarecer e conscientizar os alunos da relevância e importância da abordagem do tema.

O Tribunal de Justiça de MS apoia a campanha dos 16 Dias de Ativismo como parte de suas ações na Campanha Justiça Pela Paz em Casa, idealizada em 2015 pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia.

A próxima palestra será realizada na Escola Hércules Maymone, no dia 6 de dezembro, às 8 horas.

Saiba mais – A campanha 16 Dias de Ativismo é uma mobilização mundial que acontece anualmente, integrada tanto pelo poder público como por organismos da sociedade civil que estão engajados nesse enfrentamento.

Oficialmente a campanha começou no dia 25 de novembro, Dia Internacional da Não Violência contra a Mulher, mas no Brasil as atividades começaram no dia 20 de novembro por conta do Dia da Consciência Negra, passando pelo dia 6 de dezembro, Dia Nacional de Mobilização dos Homens pelo Fim da Violência Contra as Mulheres, e encerra-se no dia 10 de dezembro, no Dia Internacional dos Direitos Humanos.

Em Mato Grosso do Sul, a campanha virou lei e entrou para o calendário oficial do Estado. A Lei Estadual nº 4.784, promulgada em 2015, instituiu o dia 25 de novembro como Dia Estadual de Mobilização

pelo Fim da Violência Contra a Mulher, com o objetivo de sensibilizar e conscientizar a sociedade sobre a necessidade de erradicar esse tipo de violência, bem como divulgar os mecanismos legais existentes para coibi-la.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS recebe Selo Justiça em Números Ouro - 05/12/2016



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, recebeu, nesta segunda-feira (5), durante o 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, em Brasília (DF), o Selo Justiça em Números Ouro, concedido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em reconhecimento aos tribunais que investem na excelência da gestão da informação. O TJMS foi o mais bem votado na categoria Ouro, com 405 pontos, empatado com o Tribunal de Justiça do Pará, apenas a 10 pontos de conquistar o Selo Diamante.

Para o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, o reconhecimento por parte do Conselho Nacional de Justiça demonstra que o Judiciário sul-mato-grossense mantém a excelência dos serviços prestados. “Essa homenagem é fruto do trabalho de todos os desembargadores, juízes, servidores e colaboradores, ou seja, é toda a estrutura do Poder Judiciário voltada para trazer excelência ao trabalho prestado para a sociedade de Mato Grosso do Sul”, destacou.

No recebimento do Selo Justiça em Números Ouro, o presidente do TJMS estava acompanhado do juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e do diretor de Planejamento do TJ, Newton Cesco Jr.

O Selo – O Selo Justiça em Números foi criado em outubro de 2013 para fomentar a qualidade dos dados estatísticos do Judiciário, sobretudo referentes ao Relatório Justiça em Números. A ideia é aprimorar a coleta e sistematização dos dados para garantir informações e indicadores confiáveis para a tomada de decisões no processo de planejamento e gestão estratégicos, além de aumentar o acesso público a esses dados.

A concessão do Selo considera o encaminhamento adequado das informações, com atenção aos prazos e à consistência dos dados, assim como o nível de informatização do tribunal, uso de relatórios estatísticos para o planejamento estratégico e cumprimento de resoluções do CNJ alinhadas à gestão da informação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes completam 20 anos de magistratura - 06/12/2016



Há exatos 20 anos, oito juízes ingressavam na magistratura sul-mato-grossense: Alexandre Antunes da Silva, Alexandre Saliba, Aluizio Pereira dos Santos, Ariovaldo Nantes Correa, Eduardo Magrinelli Jr., Eliane de Freitas Lima Vicente, José Domingues Filho e Luiz Antonio Cavassa de Almeida.

Desses apenas um, Alexandre Saliba, deixou a magistratura; seis judicam em comarcas de entrância especial e um, em comarca de segunda entrância. Nesses 20 anos, todos já atuaram nas áreas cível e criminal, família, infância e juventude, mas qual teria marcado efetivamente a vida desses profissionais?

Luiz Antonio Cavassa, que atua como juiz auxiliar da presidência do TJMS, confessa que nunca pensou em ter outra carreira que não fosse a magistratura. Questionado sobre o que mais o marcou nessas duas décadas de judicatura, ele enfatizou que é o querer trabalhar.

"Não basta fazer, é preciso o desejo de trabalhar porque todo dia é uma realização, já que o juiz resolve problemas de muitas pessoas, principalmente das mais humildes, que se sentem valorizados por terem respostas para seus anseios. O juiz é, na verdade, um instrumento de alcance para muitos", disse Cavassa.

Questionado sobre os sonhos que ainda poderia ter para realizar, ele garantiu que pretende fazer o que sempre fez: distribuir justiça.

Ariovaldo Nantes destaca o projeto Acaivi, da comarca de Ivinhema, onde atuou, como parte de momentos que mais o marcaram porque, com a construção de um espaço para atividades esportivas para crianças e adolescentes, pôde contribuir com a comunidade.

"Eu destacaria o momento político atual como o pior momento da carreira, mas nem por isso pensei em desistir ou me arrependi da escolha que fiz como carreira, que é um aprendizado diário seja como profissional, seja como pessoa. E esse aprendizado faz diferença não somente na vida dos jurisdicionados, como também do juiz", explica.

Qual seria então o sonho que ele ainda pretende realizar: “Não sei se é muita pretensão, mas gostaria de unir os colegas em um propósito comum em benefício da jurisdição, da comunidade. Se isso for possível e eu tiver participado de alguma forma, o fato me deixaria realizado”.

Solenidade de posse dos juízes em dezembro de 1996:











Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus é inaugurado e cidadão terá Judiciário no centro da cidade - 08/12/2016



No Dia da Justiça, 8 de dezembro, a população de Campo Grande recebeu o mais moderno e amplo prédio da Justiça. O Cijus - Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho está estrategicamente localizado no cruzamento da Av. Calógeras com as ruas 26 de agosto e 7 de setembro.

O espaço deve atender mais de três mil pessoas por dia e a solenidade de inauguração foi realizada na manhã desta quinta-feira (8), com a presença do presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, do governador Reinaldo Azambuja, além de diversas autoridades jurídicas e políticas.

Com a inauguração do Cijus, a população estará mais próxima do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, contando com diversos serviços jurídicos e celeridade na tramitação dos processos. É mais espaço para mais justiça.

O Des. João Maria Lós disse que o Cijus completa o objetivo traçado em sua administração como presidente do TJMS, de aproximar a justiça do cidadão. "*Para isso, reinstalamos comarcas desativadas, construímos três prédios de fóruns e reformamos muitos outros, implementamos o programa Judiciário em Movimento e a Carreta da Justiça, que leva o Poder Judiciário a todos os municípios do Estado. Centro Integrado de Justiça em um local de fácil acesso para o cidadão, o Juizado Especial, a Coordenadoria da Infância e Juventude e a CPE, além de diversos outros serviços e parceiros, que estarão aqui*".

O presidente disse ainda que momentos de crise e dificuldades econômicas exigem do gestor público criatividade. Por isto a escolha do local foi acertada. "*A escolha do prédio foi para facilitar o acesso das pessoas. Nós poderíamos ter feito este prédio no Parque dos Poderes, mas restringiríamos o deslocamento do cidadão. Então a localização é ideal, principalmente para a população mais humilde que busca os Juizados. Além disso, o prédio tem estrutura para ampliação de mais dois andares, ou seja, futuramente podemos ampliá-lo sem a necessidade de grandes investimentos*", garante.

Ele lembrou que o Cijus tem o nome do Des. Nildo de Carvalho, falecido em 2006. Nas palavras do presidente, "um homem querido por todos, autor de decisões admiradas por todos do mundo jurídico, que hoje é homenageado e tem sua história perpetuada, dada a grandeza de sua figura humana".

O Des. Divoncir Schreiner Maran, atual presidente do TRE/MS e próximo presidente do TJMS, acredita que o Cijus terá muito êxito, atendendo os anseios da população de Campo Grande. "*A estrutura aqui é muito boa e, com certeza, será de grande valia para a população. Tenho certeza que poderemos ver o resultado prático deste investimento. É importante ressaltar que aqui também há uma sala do Tribunal Regional Eleitoral, onde o cidadão que virá utilizar os serviços do judiciário estadual pode resolver situações eleitorais*", disse.

O governador Reinaldo Azambuja garantiu que o Cijus é um ganho para a sociedade sul-mato-grossense, como um todo. Ele ressaltou a parceria como Poder Judiciário nestes dois anos de administração. "O governo ganha quando se tem uma justiça célere, com amplo acesso ao cidadão. É a justiça funcionando bem, dirimindo os conflitos, dando mais cidadania a população".

Azambuja qualificou o Cijus como um espaço moderno e adequado para a população receber os serviços da justiça. "Este centro entregue, no dia em que se comemora o Dia da Justiça, mostra a preocupação do Poder Judiciário em levar a Justiça mais perto do cidadão, em espaço amplo e moderno o serviço da justiça".

O Centro Integrado de Justiça terá no pavimento térreo a atermação, onde o cidadão pode propor sua reclamação, a triagem, o serviço expresso. Para o Departamento dos Juizados Especiais há duas salas amplas, além dos gabinetes para juízes, sala de reunião, central de segurança, sala de contadoria, de apoio para a Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria, Promotoria e para a OAB.

O Diretor dos Juizados Especiais, juiz Cézar Luiz Miozzo, explica que o novo prédio em Campo Grande proporciona melhores condições de trabalho e de atendimento à população. Ele esclarece que este é um projeto pensado para receber a população com mais conforto e qualidade.

"*Estamos muito felizes com esta obra, que está sendo entregue para a população, mas também para os nossos servidores, com estrutura mais adequada para atender os jurisdicionados. Temos uma equipe competente e capacitada, preparada para receber todos os que nos procuram diariamente. A expectativa é que possamos atender mais pessoas aqui, porque é um local aberto e amplo, próximo aos corredores de ônibus e bem no centro da Capital*", ressalta Miozzo.

O presidente da AMAMSUL, juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, destacou que a melhoria é um grande avanço para a magistratura. "*Saímos de uma estrutura precária, onde os juízes atuavam, na sede dos Juizados, e passamos para outra moderna, avançada, totalmente informatizada, melhorando as condições de trabalho dos magistrados. Não há dúvidas que, com todas estas melhorias, haverá maior produtividade de magistrados e servidores. Estamos felizes também pela homenagem ao Des. Nildo de Carvalho, um grande magistrado que dignificou o Poder Judiciário. Este prédio tem a honra de ter seu nome*".

No Centro Integrado de Justiça também funcionará a Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) de MS. O coordenador da CIJ, Des. Eduardo Machado Rocha, disse estar muito satisfeito com o espaço destinado à Coordenadoria, o que deve impulsionar os projetos.

"*O povo de Campo Grande recebe este espaço grandioso e a Coordenadoria foi contemplada com um local amplo e confortável para projetos como a Justiça Restaurativa, Projeto Padrinho, Família Acolhedora e os demais. Assim, a coordenadoria está sendo uma das mais bem estruturadas do país atualmente. Isto significa que a população terá serviços de excelência das equipes multidisciplinares, tendo melhoria na qualidade de vida*".

No Cijus estará a Central de Processamento Eletrônico (CPE). Um cartório digital que atende todas as comarcas do Estado. Isto significa que todos os andamentos processuais serão processados no prédio. São 300 postos de trabalho em dois turnos. Serão 600 profissionais trabalhando apenas na CPE.

A Escola Judicial de MS (Ejud-MS) capacitou os servidores da CPE. O Diretor da Escola, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, parabenizou o presidente do TJMS pela realização. "*Este é fecho de ouro de uma excelente gestão administrativa do Des. João Maria Lós. A Escola, que era inicialmente prevista para ser instalada aqui, abriu mão e contribuiu para a realização deste projeto treinando o pessoal que irá trabalhar aqui. Isto será um marco histórico, colocando o Judiciário de MS como exemplo para a justiça brasileira*".

O presidente da seccional MS da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MS), Mansour Elias Karmouche, parabenizou o Tribunal de Justiça pelas instalações condignas aos advogados, que respeitam o que se almeja de uma Justiça de excelência.

"*Acho que restabelece em muito a dignidade tão almejada, tanto na prestação jurisdicional, como no trabalho do advogado que aqui exerce sua profissão. O TJMS tem os nossos parabéns, por sempre pensar no melhor para a comunidade jurídica estadual*", pontuou.

Participaram também da cerimônia de inauguração do Cijus o Vice-Presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro; o Corregedor Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade; Coordenador do Núcleo de Mediação de Conflitos, Des. Romero Osme Dias Lopes; a Desa Tânia Garcia de Freitas Borges, o Des. Sideni Soncini Pimentel, o Des. Dorival Renato Pavan, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o Des. Vilson Bertelli, o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, o Des. Nélio Stábile, o juiz convocado Jairo Roberto de Quadros, além de diversos juízes que atuam na comarca de Campo Grande e juízes auxiliares da atual administração.

Também estiveram presentes o deputado estadual Lídio Lopes; o prefeito Alcides Bernal, o Procurador-Geral de Justiça Paulo Cezar Dos Passos, o Conselheiro Jerson Domingos, o Defensor Público Geral de MS Luciano Montalli, o Presidente do Sindjus Fabiano Reis de Oliveira, e, representante a família do Des. Nildo de Carvalho, a esposa Edy Francisca Balter de Carvalho e a filha Patrícia Faracco.

Cerimônia de inauguração do Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho:







Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados completam 28 anos de Judiciário no dia da Justiça - 08/12/2016



Há exatos 28 anos, no Dia da Justiça, cinco juízes ingressavam na magistratura sul-mato-grossense: Marcos José de Brito Rodrigues, Odemilson Roberto Castro Fassa, Emerson Cafure, Joviano de Rezende C. Caiado, Jurandir Rodrigues Brito. Os dois primeiros atualmente são desembargadores do Tribunal de Justiça, o terceiro é juiz do Juizado Especial em Campo Grande e os dois últimos já se aposentaram.

Marcos José de Brito Rodrigues, desembargador desde 19 setembro 2012, diz que os 28 anos de magistratura foram de muitas alegrias e com o sentimento de dever cumprido. Para ele, as amizades foram o mais importante.

"*O tempo não nos marca, ele nos ensina. Neste tempo, fiz muitos amigos e aprendi um pouquinho mais sobre a vida*", disse. Sobre o dia da posse, Marcos Brito explica que, na época, o feriado era transferido para segundas ou sextas-feiras, o que possibilitou a posse dos cinco magistrados no Dia da Justiça.

O Des. Odemilson Fassa também se diz muito feliz com a carreira que escolheu. "*Tenho a energia do primeiro dia e toda a disposição para atuação na magistratura. Sempre me dediquei 110% para por o trabalho em dia*".

Ele lembra que o amor à magistratura o fez buscar, cada vez mais, o conhecimento. "*Fiz mestrado, doutorado e publiquei obras jurídicas, por isso, nunca tive dúvidas que estava na profissão correta*", explica.

Emerson Cafure disse que a profissão de juiz o edificou, sendo uma escolha que ampliou seus conhecimentos e seu poder de intervenção na sociedade contribuindo para as causas dos mais humildes.

"Por essa razão deixei a Defensoria Pública. Para ter meios de realizar ações em prol da sociedade". Juiz da 11ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande, ele acredita que a data da posse coincidir com o Dia da Justiça engrandece mais a missão de levar justiça para a população.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Alexandre Aguiar Bastos é empossado desembargador do TJMS - 09/12/2016



A partir de agora, o Tribunal de Justiça de MS tem mais um desembargador. Hoje (09), às 10 horas, no Salão Pantanal, Alexandre Aguiar Bastos foi empossado desembargador e preencherá a 32ª vaga. Oriundo da advocacia, o Des. Alexandre, afirma estar orgulhoso por assumir o cargo, ciente de que começa a desvendar um mundo novo e que tudo aquilo que viveu como operador do direito na advocacia contribuirá para o exercício efetivo do cargo de desembargador no Tribunal de Justiça. "*Tenho noção da responsabilidade que o cargo tem e noção do que o Poder Judiciário representa hoje para o Estado brasileiro e espero conseguir retribuir isso com muita dedicação, muita equidade e muito trabalho, que é o que a sociedade quer*", concluiu o novo desembargador.

A posse foi requerida nesta manhã e deferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, que com base na previsão legal do Regimento Interno (Art. 152. Compete ao Presidente do Tribunal de Justiça: Inciso X - tomar compromisso e dar posse a Desembargadores e a Juízes Substitutos) e diante da apresentação dos requisitos legais, foi empossado.

A solenidade contou com a presença do Governador Reinaldo Azambuja, do Presidente da Assembleia Legislativa Deputado, Junior Mochi, do Presidente do Tribunal de Contas, Waldir Neves Barbosa, Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cesar dos Passos, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Des. Divoncir Schreiner Maran, Presidente da OAB, Mansour Elias Karmouche, Deputado Estadual Beto Pereira, Secretário da Casa Civil, Sérgio de Paula, e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro (Vice-Presidente), Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Nélio Stábile, e Desembargador Aposentado, Carlos Stephanini, e o Juízes Auxiliares, Paulo Afonso de Oliveira, Luiz Antônio Cavassa, Flávio Saad Peron, além dos Diretor Geral, Marcelo Righetti Vendas, a Diretora da Secretaria do Conselho Superior da Magistratura, Christiane Teresa Padoa, e familiares do empossado.

O novo Desembargador atuará, já a partir desta segunda-feira (12), na Segunda Câmara Cível, juntamente com o Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli, e Des. Paulo Alberto de Oliveira, em substituição ao Juiz Jairo Roberto de Quadros, que estava convocado na vaga desde dezembro de 2014.

História – Alexandre Bastos militou como advogado por vinte e três anos. É pós-graduado em Direito Constitucional pela PUC/ESA (Pontifícia Universidade Católica/Escola Superior de Advocacia) e especialista em Direito Tributário formado pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários). Foi assessor jurídico da Presidência do Tribunal de Contas do Estado no período entre 2003 e 2005 e consultor jurídico da Assomasul (Associação dos Municípios de Mato Grosso do Sul) de 1995 a 2012.

Na OAB/MS foi conselheiro estadual entre 2001 e 2003 e, entre 2006 e 2012, presidiu a Comissão de Estágio e Exame da Ordem. Foi, também, membro da Comissão Nacional do Exame da Ordem entre 2011 e 2012. Atuou como juiz eleitoral substituto do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul entre 2010 e 2012.

Lista – O nome do novo Desembargador entrou na lista sêxtupla da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional MS, em maio de 2016 para concorrer à vaga de desembargador no Tribunal de Justiça pelo quinto constitucional. Na sessão do Tribunal Pleno do TJMS, no dia 7 de dezembro, os Desembargadores votaram os nomes para compor a lista tríplice.

Os mais votados pelos desembargadores foram Honório Suguita, Alexandre Aguiar Bastos e Gabriel Abrão Filho. Os nomes foram encaminhados ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, que determinou como novo desembargador da Justiça Sul-mato-grossense, Alexandre Aguiar Bastos, por meio do Decreto “P” número 5.585, de 8 de dezembro de 2016.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Carreta da Justiça atende mais de 10% da população de Taquarussu - 09/12/2016



Taquarussu, a terceira comarca a receber a Carreta da Justiça, realizou 368 atendimentos à população, o que representa mais de 10 % dos habitantes. A cidade, da região Sudeste de MS, fica distante 362 km da Capital e possui 3.570 moradores, segundo estimativa 2016 do IBGE. Foram oito dias de atendimentos pela equipe da Vara da Justiça Itinerante do Estado de MS, que resolveu muitos problemas e realizou sonhos.

A iniciativa inédita no Brasil faz parte do programa Judiciário em Movimento, que irá a todas as comarcas onde não há fórum instalado. Quem conduz os trabalhos neste programa é o juiz Cezar Luiz Miozzo, diretor do Foro dos Juizados Especiais na Capital, designado para atuar na Carreta da Justiça por ter mais de 13 anos de experiência a frente da Justiça Itinerante em Campo Grande, que é a 8ª Vara do Juizado Especial.

Os serviços da Carreta da Justiça em Taquarussu começaram no dia 28 de novembro e terminaram no dia 7 de dezembro. Nesse período, foram 156 atendimentos de consultas feitas pela população; 13 audiências cíveis e 63 criminais; 36 conversões de união estável em casamento; 23 acordos cíveis; 7 petições iniciais do juizado; 7 casos de guarda, alimentos e visitas; um reconhecimento de paternidade; duas coletas de DNA; dois reconhecimentos de união estável, além de 56 atendimentos da Defensoria Pública estadual.

O destaque desta edição foi o número de audiência criminais realizadas. Muitas puderam ser sentenciadas ali mesmo na Carreta da Justiça. Somente no dia 6 de dezembro foram 43 audiências criminais e, no dia 7, foram realizadas nove - todas com sentença proferida. Para a passagem do programa Judiciário em Movimento na comarca de Taquarussu foram separados 395 processos. A Carreta da Justiça continua os trabalhos em 2017.

A Vara da Justiça Itinerante do Estado de MS foi criada no dia 24 de agosto, durante a solenidade de lançamento do programa Judiciário em Movimento, e com a sanção da Lei nº 4.904/2016, que regulamenta a Emenda Constitucional que acrescenta o art. 112-A à Constituição Estadual de MS, os 79 municípios sul-mato-grossenses agora são sede de comarca.

Dessa forma, enquanto as recém-criadas comarcas de Alcinópolis, Antônio João, Aral Moreira, Bodoquena, Caracol, Corguinho, Coronel Sapucaia, Douradina, Figueirão, Guia Lopes da Laguna, Japorã, Jaraguari, Jateí, Juti, Ladário, Laguna Carapã, Novo Horizonte do Sul, Paraíso das Águas, Paranhos, Rochedo, Santa Rita do Rio Pardo, Selvíria, Tacuru, Taquarussu e Vicentina não têm prédios de Fóruns, a população dessas cidades será atendida pela Carreta da Justiça.

A carreta tem jurisdição em todo o Estado e competência para apreciar e julgar todas as ações de natureza cível, criminal e juizados especiais distribuídas durante suas jornadas, assim como atuar em mutirões processuais, inclusive em processos do Tribunal do Júri.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conheça os serviços disponíveis no Cijus - 12/12/2016



Aos poucos, o público começa a conhecer o novo espaço da justiça de MS, recém-inaugurado no coração de Campo Grande, o Cijus - Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho, localizado no cruzamento da Av. Calógeras com as ruas 26 de agosto e 7 de setembro, e já opera normalmente desde quinta-feira, 8 de dezembro.

Para evitar possíveis transtornos, explica o Diretor do Foro dos Juizados Especiais, juiz Cézar Luiz Miozzo, as audiências já agendadas desta semana serão realizadas no antigo prédio do Juizado, conforme já previamente designadas. Isto apenas nesta semana. Com o retorno do recesso forense, pontua o magistrado, as audiências serão realizadas somente no Cijus.

O público já pode se dirigir ao novo prédio para buscar serviços como atermações, ingressar com novas ações e entregar documentos em geral. Os serviços cartorários estão sendo migrados gradativamente para o Cijus e tudo deve estar normalizado nos próximos dias.

O Cijus abriga varas dos juizados especiais, além da Central de Processamento Eletrônico (CPE) e as Turmas Recursais. Também foi instalada no local a sede da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ), com projetos como a Justiça Restaurativa Juvenil e Escolar, além de diversas ações de suporte a todas as comarcas do Estado como Projeto Padrinho, Família Acolhedora, Depoimento Especial e capacitação das equipes técnicas que atuam na infância e juventude.

Diversos balcões de informação facilitam ao público localizar os serviços. A estrutura moderna é composta por escadas rolantes, ambientes climatizados, mobiliário confortável e toda a infraestrutura para bem receber o jurisdicionado.

O Tribunal de Justiça firmou parceria, por solicitação do Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TRE-MS (Tribunal Regional Eleitora de MS), e um posto de atendimento ao cidadão passou a funcionar no piso térreo do prédio, no corredor de entrada pela rua 7 de setembro.

O novo espaço dispõe de oito guichês para realizar o cadastramento biométrico dos eleitores, além de oferecer os serviços de emissão de título, segunda via, transferência do local de votação e alteração dos dados cadastrais. O horário de atendimento é das 12 às 18 horas.

Os Juizados Especiais estão situados no segundo andar do prédio, com gabinetes dos juízes e suas assessorias da 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 10ª e 11ª Vara dos Juizados, além do Juizado da Fazenda Pública e a Vara Estadual da Justiça Itinerante – Carreta da Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Des. Alexandre Aguiar Bastos inicia atuação na 2ª Seção Cível - 12/12/2016



Desde que foi empossado na sexta-feira (9), o Des. Alexandre Aguiar Bastos já está trabalhando. Ele recebeu aproximadamente 700 processos em tramitação e, na tarde desta segunda-feira, participou pela primeira vez de uma sessão de julgamento. Ele integrará a 2ª Seção Cível e a 2ª Câmara Cível.

Na sessão da 2ª Seção Cível, o novo desembargador levou cerca de um minuto no seu primeiro voto, acompanhando o relator, de cuja sessão participam os desembargadores Nélio Stábile (Presidente), Dorival Renato Pavan, Marco André Nogueira Hanson e Marcelo Câmara Rasslan.

Ao iniciar a sessão, o Des. Nélio Stábile deu as boas vindas ao Des. Alexandre, que iniciou sua atuação como julgador no Tribunal de Justiça. "V. Excia é profissional renomado, de larga experiência, profundo conhecimento jurídico e temos a certeza de que no exercício da judicatura demonstrará o mesmo brilho, a mesma sabedoria e eficiência em seus julgados. Estamos à disposição. Seja bem-vindo".

Em nome do Ministério Público falou o procurador Mauri Valentim Riciotti. "Gostaria de parabenizar o novo desembargador, que é professor renomado, com larga experiência. Tenho certeza que, com sua garra, dinamismo e conhecimento jurídico, vai abrilhantar ainda mais este Tribunal. Receba as boas vindas, com desejos de profícua atuação".

O Des. Dorival Pavan também parabenizou o novo colega por compor o quadro do TJMS. "Nós o recebemos de braços abertos, com espírito de companheirismo, de cooperação, de amigo, com a certeza de que, mercê da sua trajetória como advogado, trará enorme contribuição para prestação jurisdicional em MS. Sua experiência vai trazer frutos gratificantes. É uma alegria tê-lo conosco. Seja bem-vindo e conto conosco no que for preciso".

Outro a usar a palavra foi o Des. Marcelo Rasslan: "Estamos a postos para ajudá-lo naquilo que for necessário e para dividir com V. Excia a angústia de julgador. Antes, V. Excia buscava justiça e agora tem a

obrigação e o dever de distribuí-la. É o desejo de todos que integram esta Corte, que o façamos da melhor forma possível, com celeridade e efetividade. Temos certeza de que V. Excia cumprirá e realizará aquilo que se espera: um trabalho profícuo em prol do nosso jurisdicionado".

O novo desembargador ressaltou que o quão grande é a honra de estar do TJMS. "Quero agradecer a acolhida carinhosa, saudar os desembargadores, os servidores e advogados presentes, e dizer que a responsabilidade do cargo é tamanha, especialmente pela posição de destaque e da responsabilidade de equilíbrio que o Poder Judiciário vem tendo com relação aos assuntos da nossa República. Sinto-me honrado por compor este colegiado e, mais ainda, por estar ao lado do meu eterno professor e referência no mundo jurídico, Des. Pavan. Emocionado e ciente da responsabilidade que Deus me conferiu e espero poder honrar isso, devolvendo essa confiança ao distribuir justiça com rapidez, eficiência. Muito obrigado pelas saudações e acolhida".

Na 2ª Câmara Cível, Bastos atuará com os desembargadores Marcos José de Brito Rodrigues, Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira. As sessões da 2ª Seção Cível são realizadas na 2ª segunda-feira do mês e as da 2ª Câmara Cível, todas as quartas-feiras, a partir das 8 horas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mutirão do DPVAT obteve 73% de acordos e R$ 1 mi arrecadados em 2016 - 13/12/2016



Mais uma vez, o mutirão de conciliação do seguro obrigatório DPVAT, que percorreu todas as comarcas de Mato Grosso do Sul foi um sucesso. Neste ano foi conquistada a marca de 73% de efetividade, o que representa que 2.490 famílias indenizadas, é o que explica o Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJMS – Conciliação.

A iniciativa inédita no país, por levar um mutirão conciliatório para o interior do Estado, percorreu 13 trajetos, abarcando a totalidade de comarcas de MS. O Des. Vladimir explica que o sucesso se deve à colaboração dos magistrados. "*Os juízes das comarcas foram fundamentais, pois colaboraram na preparação dos processos, além acelerar a emissão dos alvarás para que os valores fossem destinados às vítimas de acidente de trânsito*".

Para esta ação conciliatória foram realizadas 3.409 audiências, das 4.241 agendadas. Foram 2.490 processos que deixaram o Poder Judiciário porque as partes decidiram que um acordo é a melhor forma de solucionar o conflito.

Em dois anos de mutirão do DPVAT em todas as comarcas foram 4.378 acordos firmados e 70% de efetividade. Um resultado considerado excelente pelo Des. Vladimir Abreu. "Observamos um crescimento significativo no número de conciliações nestes dois anos. Fomos de 67% em 2015 para 73% em 2016, e isso demonstra que a cultura da autocomposição em termos de seguro DPVAT está crescendo".

Com este resultado exitoso o Judiciário acaba por se descongestionar de processos, contudo, o magistrado se mostra preocupado com o número de acidentes que não diminuem. "É importante que a baixa processual dos processos de DPVAT, tanto nas comarcas como no segundo grau. O que nos preocupa é a base que não diminui, ou seja, o número de acidentes de trânsito. Assim, continuaremos a ter um número elevado de processos de DPVAT", disse Vladimir, garantindo que com o apoio da administração do Des. João Maria Lós e do próximo presidente, Des. Divoncir Schreiner Maran, a ação conciliatória será realizada em 2017.

Nestes dois anos de mutirão de conciliação do seguro obrigatório DPVAT foram recolhidos R$ 1.154.496,72 em forma de custas processuais. O valor foi destinado ao Fundo Especial para a Instalação, o Desenvolvimento e o Aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (FUNJECC).

Entenda - O mutirão de conciliação do seguro obrigatório DPVAT percorreu todas as regiões de MS em 13 trajetos, de 11 de abril a 1º de dezembro de 2016, realizando audiências de conciliações nas comarcas de Terenos, Dois Irmãos do Buriti, Aquidauana, Anastácio, Miranda, Corumbá, Bonito, Caarapó, Naviraí, Itaquiraí, Eldorado, Mundo Novo, Iguatemi, Sete Quedas, Amambai, Ribas do Rio Pardo, Água Clara, Brasilândia, Três Lagoas, Ponta Porã, Nioaque.

As conciliações alcançaram também as comarcas de Jardim, Bela Vista, Porto Murtinho, Itaporã, Rio Brilhante, Maracaju e Sidrolândia, Camapuã, Chapadão do Sul, Costa Rica, Cassilândia, Inocência, Paranaíba, Aparecida do Taboado, Nova Alvorada do Sul, Bataguassu, Anaurilândia, Bataiporã, Nova Andradina, Ivinhema, Angélica, Deodápolis, Glória de Dourados, Fátima do Sul, Rio Negro, São Gabriel do Oeste, Rio Verde de Mato Grosso, Coxim, Sonora, Pedro Gomes, Bandeirantes, Dourados e Campo Grande.

Nestes dois anos foram realizadas 6.224 audiências pelos conciliadores que atuam no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), nos fóruns das comarcas ou em outro local previamente destinado.

Antes de cada audiência, a parte, vítima de acidente, que não tinha prova pericial, passou por perícia médica com profissional nomeado judicialmente. O exame foi realizado na hora, nas dependências do fórum, e o laudo emitido imediatamente. Com base no documento, foi possível graduar as lesões e quantificar a indenização que a vítima do acidente tem direito a receber.

Os processos integrantes do mutirão, a partir da publicação da portaria no Diário da Justiça, tem suspensos os trâmites processuais até a realização dos trabalhos. As conciliações são realizadas por experientes servidores do Nupemec, devidamente capacitados para a ação. O evento nas comarcas é coordenado pelo juiz de cada processo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presos iniciam reforma de 7ª escola e economia ultrapassa R$ 3 milhões - 14/12/2016



Teve início a reforma da 7ª escola atendida pelo projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade. Localizada na Av. Bom Pastor, 460, a E.E. Prof. Emydio Campos Widal recebe desde o dia 7 de dezembro a mão de obra de 20 presos que revitalizarão todo o espaço inaugurado há 40 anos e que nunca passou por uma reforma.

Esta obra gerará uma economia de aproximadamente R$ 800 mil aos cofres públicos, cujo valor é custeado pelos próprios presos. Com mais esta escola, o Estado já garantiu mais de R$ 3 milhões em economia.

Atendendo 492 alunos, a E.E. Prof. Emydio Campos Widal possui 2.000 m² de área construída e 8.000m² de terreno. Em tempos de crise, seria praticamente impossível uma escola destas proporções ser contemplada com uma reforma geral.

O custo para o Estado se resume ao salário dos presos. Já o valor do material (orçado em R$ 220.00,00) é totalmente pago pelo detento, a partir do dinheiro arrecadado do desconto de 10% do salário de todos os presos que trabalham na Capital, conforme Portaria nº 001/2014 da 2ª VEP.

O projeto contempla troca de forro, pintura, elétrica, hidráulica, manutenção do telhado, vidros, salas de aula, banheiros, instalação de 370 lâmpadas de led e 25 holofotes de led na quadra de esportes, além de novo acesso aos alunos que será construído pela rua lateral, evitando o grande fluxo de veículos da entrada atual.

Para executar todas as tarefas, a equipe de 20 presos conta com 2 eletricistas, 3 pedreiros, 1 carpinteiro, 1 instalador de forro, 1 serralheiro, 6 pintores e o restante do pessoal é ajudante que no decorrer da obra acaba se capacitando e adquirindo uma nova profissão.

O juiz responsável pelo projeto, Albino Coimbra Neto, esteve visitando o início dos trabalhos e deixando aos presos a mensagem de que duas das maiores mazelas do país (sistema prisional e educação) se unem para a melhoria conjunta.

Conforme explica o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós: “Desenvolvemos um trabalho de ressocialização do preso, pois é ele quem trabalha, convive com as crianças e com professores. Esse é o objetivo principal do Poder Judiciário: não só colaborar com o governo estadual, com a economia, trazer conforto e boas instalações para as escolas, mas principalmente a ressocialização do detento, sua recondução social para que se torne uma pessoa útil à comunidade”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Infância e juventude termina ano com 40% de redução em acolhimentos - 16/12/2016



Legenda: Juíza comemora os bons resultados de 2016

Com destaque para adoções tardias e de grupos de até quatro irmãos, a Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Campo Grande (VIJI) encerra suas atividades com uma redução de 40% no total de crianças acolhidas.

O balanço aponta que estão acolhidos 112 crianças e adolescentes, dentre os quais apenas 11 estão institucionalizadas há mais de dois anos. Trata-se de uma quantia significativamente baixa para os padrões de uma cidade com população próxima a um milhão de habitantes.

"*Estamos celebrando resultados animadores no ano de 2016*", pontua a juíza Katy Braun do Prado. "*O número de crianças acolhidas diminuiu substancialmente e são poucas as que estão afastadas da convivência familiar há mais de dois anos. Se no mês de junho havia 184 crianças no serviço de acolhimento institucional, o recesso forense inicia-se com apenas 112 nessa condição*".

A juíza atribui esse resultado a uma confluência de fatores. "*Os conselhos tutelares têm sido criteriosos na aplicação da medida protetiva de acolhimento, de modo que ela tem sido utilizada somente nas situações excepcionais autorizadas em lei. A equipe multidisciplinar da vara, formada por psicólogos e assistentes sociais, esforçou-se até a exaustão para avaliar as famílias acompanhadas pela justiça. Os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e os Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) estão articulados com as instituições de acolhimento para auxiliar as famílias a eliminarem as situações de risco, o que possibilita reintegrações bem-sucedidas. O Ministério Público tem sido diligente na busca pela definição da situação jurídica das crianças acolhidas*".

Além disso, destacou a juíza que o prazo para julgamento das ações de destituição do poder familiar tem sido observado em primeiro e segundo graus de jurisdição.

"*O Projeto Padrinho tem encontrado voluntários para custear ou prestar atendimento psicológico para crianças e familiares que necessitam desse cuidado, inclusive durante os estágios de convivência nas ações de adoção, diminuindo, assim, os casos de devoluções de crianças. Outro fator importante foi a mudança efetivada na preparação psicossocial e jurídica dos pretendentes à adoção. O curso outrora ministrado em 8 horas teve a carga horária aumentada para 24 horas, permitindo maior reflexão dos pretendentes sobre as crianças reais que anseiam por uma família*".

Visando dar maior visibilidade a essas crianças, o Grupo de Estudo e Apoio à adoção Vida proporcionou encontros recreativos entre os interessados em adotar de Campo Grande e as crianças adotáveis, propiciando encontros que acabaram em adoção. Foi assim que, em um piquenique promovido no mês de novembro, o administrador T.H.V.Z. e a dentista C. da C. Z., pais de J. de três anos conheceram uma menina de 10 e seu irmão de 6 anos e, nesta sexta-feira (16), compareceram à Vara da Infância para levar definitivamente os dois para casa.

O casal que sempre teve entre seus planos uma família numerosa, com filhos biológicos e adotados, conta que o processo todo foi muito rápido. Fizeram o curso em outubro, conheceram e aproximaram-se das crianças em novembro e, em dezembro, já estão oficialmente em processo de adoção, formalizando a guarda temporária. Hoje eles irão retirar os dois da casa de acolhimento.

Eles contam que a adoção tardia, opção deles, e também sem muitas exigências, foi o principal fator para acelerar o processo. O casal elogiou o curso de preparação à adoção, que desmistificou muita coisa, além de incentivar a adoção tardia. Segundo relatam, muitos participantes que não tinham a intenção, acabaram se sensibilizando para a adoção tardia.

No momento, a VIJI está acompanhando 22 adoções chamadas necessárias. Novas famílias formadas com grupos de 4, 3 e 2 irmãos, crianças e adolescentes considerados velhos demais e de cor da pele diferente da dos pais, estão superando as dificuldades e eliminando preconceitos.

"*As boas notícias demonstram que o trabalho articulado da família, da sociedade e do Estado são fundamentais para que as crianças e adolescentes gozem dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana e da proteção integral de que trata O Estatuto da Criança e do Adolescente*".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Acadêmicos utilizam site Audiências Online em todo o país - 18/12/2016



Era para ser um projeto simples, criado exclusivamente para auxiliar acadêmicos de Direito a ter contato com práticas jurídicas, mas tomou tal proporção que, em quatro meses de lançamento, ultrapassou fronteiras e está sendo utilizado por pessoas de todo o país.

Autor do projeto Audiências Online, o juiz José de Andrade Neto, da 12ª Vara Cível de Campo Grande, não esconde o espanto e a satisfação de saber que uma proposta despretensiosa foi aceita e reconhecida por tanta gente, nos diferentes estados brasileiros.

"*A universidade exige que os alunos assistam a um determinado número de audiências, para que possam vivenciar a prática das carreiras jurídicas. Então percebi que próximo da data em que os acadêmicos deveriam entregar na universidade o comprovante de que efetivamente assistiram audiências, o fórum ficava lotado. Sempre um grande alvoroço, com acadêmicos desesperados procurando audiências para assistir. Como trabalhava há algum tempo com Educação a Distância, pensei: por que não levar os benefícios e vantagens da EAD para a sala de audiências? E deu certo*", conta.

Para se ter uma ideia da velocidade da expansão do Projeto Audiências Online, são mais de sete mil e trezentos inscritos nos quatro meses de existência do projeto, contando com alunos cadastrados de todos os Estados da federação e também do Distrito Federal, de universidades públicas e privadas. Com essa realidade, não é de se espantar que toda semana o juiz receba ligação de universidades em busca de parceria.

Apesar de a ideia ter nascido com a finalidade de auxiliar os acadêmicos de Direito, o criador do projeto vem tendo uma grata surpresa: a cada dia o site tem recebido inúmeras inscrições de profissionais já formados, em especial de novos advogados em busca de adquirir maior experiência prática.

"*Um dos maiores medos do profissional do direito, quando se forma, é ter que fazer sua primeira audiência. É natural que ele fique um tanto quanto inseguro sobre o que pode acontecer no ato e ele não quer demonstrar essa insegurança para o seu cliente e tampouco para o juiz e o advogado da parte contrária. Isso explica porque o projeto Audiências Online tem sido muito útil, também, para profissionais em começo de carreira. Lá eles têm a oportunidade de ver o comportamento de profissionais mais experientes que atuam nas audiências e, com isso, acabam extraindo muito aprendizado prático e ganhando confiança para a sua atuação profissional*", revela o juiz José de Andrade.

Mas o que mais emocionou o juiz José de Andrade foi um vídeo, publicado no youtube, de um estudante de Belém (PA) que sofreu um acidente e perdeu totalmente a visão. Ele conta que conheceu o projeto inovador em um grupo de alunos em sua Universidade, que conseguiu assistir as audiências, ter acesso às peças do processo e imprimir o seu certificado de participação, tudo sem precisar contar com a ajuda de ninguém em todas as etapas. Ao final do vídeo, o acadêmico agradece imensamente pela criação do projeto e dá uma salva de palma ao seu idealizador.

"*Nunca imaginei isso. A acessibilidade do site tornou possível a este universitário com deficiência visual ser completamente independente, provando que o Audiências Online é uma ferramenta de aprendizagem fantástica. Os resultados são, sem dúvidas, uma grata surpresa*", confessa.

E não é só isso: sozinho, diariamente o juiz responde os questionamentos enviados para o site e comenta questões jurídicas no perfil do facebook, mantendo total interatividade com os estudantes.

"*Entro todo dia, em meus horários de folga, na tentativa de atender a todos os questionamentos, e percebo como isso é importante, porque sempre faz diferença na vida de alguém. Quem não conhece o projeto, não é capaz de imaginar o ganho de aprendizado que ele tem proporcionado aos estudantes e também a mim. A cada audiência nova que é disponibilizada no site, faço um resumo do caso, apontando aquilo que o acadêmico pode aprender naquela audiência, e disponibilizo um vídeo no face: tudo para facilitar para os acadêmicos*", acrescentou.

Como um dos objetivos do projeto é tornar as ações do Poder Judiciário mais transparentes e acessíveis à população, a proposta de apoio ao ensino universitário é totalmente gratuita e confere certificado de participação ao acadêmico, permitindo que o mesmo apresente na universidade e cumpra as metas que lhe são exigidas.

A intenção é permitir que o acadêmico de direito ou o profissional em busca de mais experiência possa assistir audiências judiciais reais de onde estiver, no momento que lhe for mais oportuno.

Como funciona – Depois de se cadastrar no site www.audienciasonline.com.br, o acadêmico recebe em seu e-mail um login e senha para acessar o Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA).

No ambiente virtual poderá escolher o tipo de audiência que deseja assistir (cível, criminal ou Júri Popular) e de pronto começar a ver os vídeos das audiências.

Importante ressaltar que, além de assistir a uma audiência real, o universitário pode ter acesso às principais peças que compõem o processo da audiência respectiva, o que facilita a compreensão do que acontece na audiência.

Assistida a audiência, o acadêmico deve se submeter a uma pequena avaliação, com cinco perguntas, para provar que efetivamente assistiu a audiência e entendeu todo o ocorrido. Caso acerte ao menos quatro das cinco questões propostas, o sistema autoriza a emissão do certificado e o acadêmico pode encaminhar o comprovante para a sua universidade.

Certificados e aceitação – Os certificados emitidos pela participação em audiências conferem ao acadêmico duas horas de atividade complementar, enquanto que o certificado emitido pela participação em um Júri Popular confere cinco horas/atividade.

Embora cada universidade tenha autonomia para decidir sobre as atividades que aceita como comprovação de prática jurídica, o criador do Projeto Audiências Online tem feito uma feliz constatação: o certificado emitido pelo projeto tem sido aceito por praticamente todas as universidades brasileiras, públicas e privadas, especialmente por aquelas que realmente se preocupam em proporcionar melhores ferramentas de ensino aos seus estudantes.

E isso tem ocorrido porque os coordenadores dos cursos de direito de todo o Brasil têm constatado que assistir a audiência online traz um ganho de conhecimento ao acadêmico, muito maior do que o obtido quando ele assiste uma audiência presencial. Na audiência presencial, o acadêmico assiste o ato sem ter tido acesso prévio às peças do processo, sem saber do que se trata o ato.

Por isso, na maioria das vezes acaba ficando perdido, sem saber ao certo o que está acontecendo. Já na audiência online, antes de assistir ao vídeo da audiência, o acadêmico pode ler as principais peças do processo, entender todo o ocorrido e, com isso, acaba compreendendo muito mais facilmente o que se passa no ato.

"*E tem mais: em nosso projeto, estimulo os acadêmicos a tirarem todas as dúvidas que tiverem sobre a audiência que estão assistindo, por meio da postagem de perguntas nos fóruns de discussão, e faço questão de responder diariamente todos os questionamentos feitos, o que é impossível de se imaginar em uma audiência presencial, em razão da pauta normalmente lotada que impede os magistrados de darem maior atenção aos acadêmicos presentes*", completa o Juiz José de Andrade.

Para o ano de 2017, o criador do Projeto Audiências Online pretende ampliar ainda mais o leque de oportunidades de aprendizado. "*Pretendo disponibilizar aos acadêmicos e profissionais em busca de experiência a oportunidade de assistirem "audiências trabalhistas", "sessões de julgamento do Tribunal de Justiça", "audiências de custódia" e muito mais*", afirma José de Andrade, que diz depender da realização de algumas parcerias, para que as promessas possam se tornar realidade.

Por fim, o juiz faz questão de registrar: "*Não poderia deixar de agradecer aos juízes Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, Mário José Esbalqueiro Júnior, Olivar Augusto Roberti Coneglian e Roberto Ferreira Filho pelo apoio que tem dado ao nosso projeto, com a gravação de audiências cíveis e criminais, e ao Tribunal de Justiça de MS, que me concedeu autorização para desenvolver este Projeto*".

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 0800009-82.2015.8.12.0004 032

Agravo de Instrumento nº 1402444-55.2016.8.12.0000 048

Mandado de Segurança nº 1407474-71.2016.8.12.0000 053

Carlos Eduardo Contar

Mandado de Segurança Coletivo nº 1403972-27.2016.8.12.0000 062

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0822418-32.2013.8.12.0001 068

Apelação nº 0801950-89.2015.8.12.0029 079

Mandado de Segurança nº 1403634-53.2016.8.12.0000 087

Divoncir Schreiner Maran

Apelação nº 0802729-74.2015.8.12.0019 105

Mandado de Segurança nº 1408258-48.2016.8.12.0000 109

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1408845-70.2016.8.12.0000 115

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0600058-28.2011.8.12.0011 120

Apelação nº 0800235-35.2016.8.12.0010 131

Agravo de Instrumento nº 1407529-22.2016.8.12.0000 149

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0008897-37.2010.8.12.0008 159

Apelação nº 0801133-56.2013.8.12.0009 185

Ação Rescisória nº 1405412-58.2016.8.12.0000 202

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0000466-04.2012.8.12.0021 211

Apelação nº 0815646-82.2015.8.12.0001 217

Mandado de Segurança nº 1406603-41.2016.8.12.0000 223

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0800804-16.2014.8.12.0007 232
Mandado de Segurança nº 1404642-65.2016.8.12.0000 240
Agravo de Instrumento nº 1411005-68.2016.8.12.0000 255

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0000254-31.2009.8.12.0039 260
Apelação nº 0059914-70.2009.8.12.0001 266
Apelação nº 0800252-23.2012.8.12.0039 284

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0001902-79.2009.8.12.0028 294
Apelação nº 0833500-60.2013.8.12.0001 301
Apelação nº 0802272-12.2014.8.12.0008 306

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0000793-87.2006.8.12.0043 311
Apelação nº 0006444-22.2012.8.12.0001 331
Apelação nº 0838895-33.2013.8.12.0001 343

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0000486-54.2010.8.12.0024 360
Apelação nº 0801848-96.2012.8.12.0021 370
Apelação nº 0803002-47.2015.8.12.0021 395

Nélio Stábile

Apelação nº 0822746-93.2012.8.12.0001 404
Apelação nº 0800441-75.2013.8.12.0003 408
Agravo de Instrumento nº 1407732-81.2016.8.12.0000 413

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0006561-06.1995.8.12.0002 419
Apelação nº 0800536-22.2016.8.12.0029 425
Mandado de Segurança nº 0824955-93.2016.8.12.0001 432

Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0802988-75.2015.8.12.0017 442
Mandado de Segurança nº 1405159-70.2016.8.12.0000 457
Agravo de Instrumento nº 1411764-32.2016.8.12.0000 468

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0816593-39.2015.8.12.0001 474
Mandado de Segurança nº 0809679-22.2016.8.12.0001 479
Mandado de Segurança nº 1402997-05.2016.8.12.0000 488

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0044383-07.2010.8.12.0001 497
Apelação nº 0000091-36.2012.8.12.0010 513
Apelação nº 0802995-31.2014.8.12.0008 517

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0016723-72.2009.8.12.0001 524
Apelação nº 0802358-87.2013.8.12.0017 531
Apelação nº 0800141-18.2015.8.12.0012 542

Vilson Bertelli

Apelação nº 0801597-16.2014.8.12.0019 547
Apelação nº 0805115-47.2014.8.12.0008 550
Mandado de Segurança nº 1406784-42.2016.8.12.0000 557

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0800031-98.2011.8.12.0031 561
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1404699-20.2015.8.12.0000 567
Remessa Necessária nº 0800794-81.2016.8.12.0045 576

Juiz Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0007082-52.2012.8.12.0002 580
Apelação nº 0801077-05.2013.8.12.0015 588
Apelação nº 0800665-18.2015.8.12.0011 593

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Revisão Criminal nº 1415409-02.2015.8.12.0000 601

Agravo de Execução Penal nº 0003584-55.2016.8.12.0018 614

Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0004342-44.2014.8.12.0005 618

Agravo de Execução Penal nº 0000093-16.2016.8.12.0026 622

Agravo de Execução Penal nº 0004956-87.2016.8.12.0002 625

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação nº 0000334-68.2012.8.12.0013 630

Conflito de Jurisdição nº 1600779-20.2016.8.12.0000 636

Agravo de Execução Penal nº 0026406-89.2016.8.12.0001 641

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Recurso Em Sentido Estrito nº 0101277-51.2007.8.12.0019 649

Agravo Regimental nº 1602581-24.2014.8.12.0000/50008 654

Habeas Corpus nº 1409619-03.2016.8.12.0000 664

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0023701-89.2014.8.12.0001 668

Apelação nº 0000773-78.2015.8.12.0044 671

Agravo Regimental nº 1408960-91.2016.8.12.0000/50000 683

Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0001604-69.2010.8.12.0055 689

Apelação nº 0011217-05.2015.8.12.0002 700

Habeas Corpus nº 1410064-21.2016.8.12.0000 703

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0000807-73.2007.8.12.0031 708

Apelação nº 0005756-57.2012.8.12.0002 718

Embargos Infringentes nº 0000714-39.2014.8.12.0040/50001 723

Conflito de Jurisdição nº 1600942-97.2016.8.12.0000 733
Conflito de Jurisdição nº 1601178-49.2016.8.12.0000 741

Romero Osme Dias Lopes

Apelação nº 0201788-30.2011.8.12.0015 745
Apelação nº 0061507-32.2012.8.12.0001 749
Agravo de Execução Penal nº 0007683-30.2014.8.12.0021 755

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0000231-32.2012.8.12.0055 764
Apelação nº 0013984-84.2013.8.12.0002 768
Apelação nº 0000044-69.2015.8.12.0006 782

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Civil Pública

Ação civil pública. Concurso público. Nomeação cargo público. Hipóteses constitucionais. Contratação por tempo determinado. Excepcional interesse público. (0801848-96.2012.8.12.0021).....370

Ação de Cobrança

Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de acidentes pessoais. Fazenda de ecoturismo. Invalidez permanente de hóspede. Apólice. Princípio da boa-fé contratual. (0016723-72.2009.8.12.0001).....524

Ação de Indenização por Dano Moral

Ação de Indenização por Dano Moral. Fato divulgado via *e-mail*. Exceção de incompetência territorial. Domicílio do autor. (0800235-35.2016.8.12.0010) 131

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ação direta de inconstitucionalidade. Controle concentrado. Lei municipal. Política habitacional. Fundo Municipal de Habitação. (1404699-20.2015.8.12.0000) 567

Ação direta de inconstitucionalidade. Função de confiança de superintendente de contabilidade. Gratificação. (1408845-70.2016.8.12.0000).....115

Ação Monitória

Apelação cível. Ação monitória. Nota promissória. Prescrição. Avalista. Ilegitimidade passiva. Nulidade de sentença. Reconvenção. (0600058-28.2011.8.12.0011).....120

Ação redibitória

Apelação cível. Ação redibitória. Vício do produto. Produto inadequado para o uso. Restituição da quantia paga. Devolução do veículo pelo autor. (0044383-07.2010.8.12.0001) 497

Ação Rescisória

Mandado de segurança. Concessão de permissão. Mototaxista. Competência legislativa. Competência privativa da união. Legislação sobre trânsito e transporte. (1405412-58.2016.8.12.0000) 202

Acidente de Trânsito

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Afastamento do trabalho. (0838895-33.2013.8.12.0001) 343

Apelação cível. Acidente de trânsito. Morte da vítima. Perícia técnica. Nulidade de sentença. Culpa exclusiva da vítima. Estado de embriaguez. Omissão da administração pública. (0001902-79.2009.8.12.0028) 294

Assédio Moral

Ação declaratória. Assédio moral. Pedido de exoneração. Reintegração de cargo. Restituição do *status quo ante*. Indenização por danos morais. (0000793-87.2006.8.12.0043).....311

Ato Administrativo

Apelação cível. Acumulação de cargos públicos. Dois cargos de profissional da saúde. Compatibilidade de horários. Exoneração durante gravidez. Reintegração no cargo. (0803002-47.2015.8.12.0021).....395

Busca e apreensão

Ação de busca e apreensão. Parte falecida. Substituição da parte. Extinção da capacidade jurídica com a morte. Pressuposto processual. Código de Processo Civil. (0802729-74.2015.8.12.0019) 105

Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Teoria do adimplemento substancial do contrato. (0800536-22.2016.8.12.0029) 425

Concurso Público

Mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada. Concurso dentro do prazo de validade. Direito subjetivo à nomeação e posse. (0800794-81.2016.8.12.0045).....576

Mandado de segurança. Concurso público. Defensoria Pública do Estado. Prova de títulos. Juízo de compatibilidade. Edital. Princípio da legalidade, moralidade e impessoalidade. (1404642-65.2016.8.12.0000) 240

Mandado de segurança. Concurso público. Magistratura estadual. Juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital. Erro grosseiro. (1402997-05.2016.8.12.0000).....488

Mandado de segurança. Reserva de vagas para negros. Percentual de reserva. Alteração superveniente de edital. Princípios da legítima confiança, segurança jurídica, moralidade e boa-fé. (1407474-71.2016.8.12.0000) 053

Cumulação de Cargos

Agravo de instrumento. Suspensão do ato ilegal. Cumulação de cargos. Horários compatíveis. Dedicação exclusiva. Lei orgânica de regência da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul. (1402444-55.2016.8.12.0000) 048

Curador

Agravo de instrumento. Falecimento de curador. Descarga elétrica. Pensão mensal. Responsabilidade da concessionária de energia elétrica. (1411005-68.2016.8.12.0000).....255

Defensoria Pública

Apelação cível. Legitimidade ativa. Perda superveniente do objeto. Menores infratores. Unidades educacionais de internação. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. (0059914-70.2009.8.12.0001).....266

Deserdação

Apelação cível. Deserdação. Juízo de admissibilidade. Desamparo do ascendente com grave enfermidade. Cláusula de deserdação em testamento. Nulidade. (0006444-22.2012.8.12.0001) 331

Direito Ambiental

Ação civil pública. Impossibilidade jurídica do pedido. Meio ambiente. Extração de minério de ferro e manganês. Morro do Urucum. Danos morais coletivos. (0008897-37.2010.8.12.0008).....159

Direitos Autorais

Apelação cível. Direitos autorais. Utilização de televisores nos quartos de hotel. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. (0833500-60.2013.8.12.0001).....301

Direito Eleitoral

Mandado de Segurança. Candidato a prefeito. Inelegebilidade. Necessidade de ratificação da Câmara Municipal. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Tribunal Regional Eleitoral. (1408258-48.2016.8.12.0000) 109

Direito Real

Apelação cível. Ação reivindicatória. Direito real sobre imóvel. Propriedade do Município de Campo Grande. Ação de desapropriação indireta. *Querela nullitatis.* (0822746-93.2012.8.12.0001) 404

Educação à Distância

Apelação cível. Habilitação de curso à distância. Conselho de Educação Estadual – CEE. Danos materiais. (0800441-75.2013.8.12.0003).....408

Embargos de Terceiro

Apelação Cível. Embargos de terceiro. Pequena propriedade rural. Bem de família. Impenhorabilidade. Imóvel inferior a um módulo fiscal/rural. Entidade familiar. (0802988-75.2015.8.12.0017) 442

Empréstimo Consignado

Apelação Cível. Repetição de indébito. Empréstimo consignado. Benefício previdenciário. Pessoa analfabeta. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (0800009-82.2015.8.12.0004).....032

Energia Rural

Apelação cível. Energia rural. Programa “Luz para todos”. Universalização do sistema. ANEEL. Conta de Desenvolvimento Energético (CDE). Concessionárias de serviço público. (0800252-23.2012.8.12.0039) 284

Estágio Probatório

Apelação cível. Mandado de segurança. Estágio probatório. Avaliação negativa. Estabilidade no serviço público. Transcurso do prazo de três anos. (0816593-39.2015.8.12.0001) 474

Exceção de Pré-Executividade

Exceção de pré-executividade. Excesso de execução. Matéria de ordem pública. Embargos do devedor. (1407529-22.2016.8.12.0000).....149

Execução de Título Extrajudicial

Execução de Título Extrajudicial. Contrato de abertura de crédito. Crédito rotativo. (0006561-06.1995.8.12.0002) 419

Execução Fiscal

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Honorários do início da execução. Fixação no percentual estático de dez por cento. Exorbitância. (1411764-32.2016.8.12.0000) 468

Exercício Regular do Direito

Apelação cível. Calúnia. *Animus caluniandi*. Exercício regular do direito. Imunidade profissional do advogado. Lei 8.096/1994. (0805115-47.2014.8.12.0008).....550

Guarda Avoenga

Ação de obrigação de fazer. Inclusão de menor no plano de saúde. Equiparação a filho. Condição de dependente. Estatuto da Criança e do Adolescente. (0801950-89.2015.8.12.0029).....079

Indenização por Danos Materiais

Apelação cível. Ação de reparação por danos materiais. Lucros cessantes. Prova documental. Incêndio. Concessionárias de serviço público. (0000486-54.2010.8.12.0024) 360

Indenização por Danos Materiais e Morais

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prescrição. Exercício de atividade laboral. Intoxicação. Responsabilidade objetiva. Risco administrativo. (0007082-52.2012.8.12.0002).....580

Apelação cível. Conta corrente. Correntista residente em outro país. Irregularidade cadastral. Falha na prestação do serviço disponibilizado. (0815646-82.2015.8.12.0001) 217

Apelação Cível. Indenização por danos materiais e morais. Curso técnico oferecido pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Técnico em agronegócio. (0802358-87.2013.8.12.0017) 531

Apelação Cível. Indenização por danos materiais e morais. Queda em via pública. Carnaval de rua municipal. Responsabilidade do ente público. Fixação equitativa. (0802995-31.2014.8.12.0008) 517

Apelação cível. Morte de filho menor. Indenização. Ausência de dolo e culpa. Dever de cuidado observado. (0000254-31.2009.8.12.0039).....260

Indenização por Danos Morais

Apelação cível. Compensação por danos morais. Campanha de trânsito Municipal. Exposição pública de veículo. (0801597-16.2014.8.12.0019).....547

Improbidade Administrativa

Ação civil pública. Administração pública. Improbidade administrativa. Processo licitatório. Serviço de transporte escolar. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. (0801133-56.2013.8.12.0009) ...185

Mandado de Segurança

Apelação cível. Mandado de segurança. Direito à educação. Matrícula de menor estrangeiro. Rede pública de ensino. Visto de estrangeiro. Residência no Brasil. (0800141-18.2015.8.12.0012) 542

Apelação cível. Servidor público. Regime estatutário. Jornada de trabalho. Curso de nível superior. Possibilidade de concessão de horário especial de jornada de trabalho. (0802272-12.2014.8.12.0008) ..306

Averbação de tempo de serviço. Regime celetista. Sociedade de economia mista. Tempo de serviço de natureza privada. Conversão para regime estatutário. Contagem para efeitos de aposentadoria. (1406603-41.2016.8.12.0000) 223

Mandado de segurança. Atividade de exportação. Litispendência. Regime especial de controle e fiscalização. Decreto Estadual n.º 11.803/2005. (0824955-93.2016.8.12.0001) 432

Mandado de segurança. Controle de constitucionalidade formal e material. Lei estadual n.º 4.785/2015. Obrigatoriedade de registro de licenciamento no Detran/MS. Domicílio fiscal. (0809679-22.2016.8.12.0001)..... 479

Mandado de segurança. Procedimento administrativo. Remoção compulsória. Conselho Superior do Ministério Público. (1405159-70.2016.8.12.0000).....457

Mandado de segurança. Servidor público. Agência Estadual da Previdência Social de Mato Grosso do Sul. Reenquadramento de servidor inativo. Direito líquido e certo. (1403972-27.2016.8.12.0000) 062

Mandado de segurança. Transferência voluntária de recursos do Estado a Município. Recusa administrativa de realização de convênio. (1406784-42.2016.8.12.0000) 557

Medicamentos

Apelação cível. Embargos à execução. Fornecimento de medicamento. Dever constitucional à saúde. Ausência de nulidade de intimação. Procurador geral do Estado. (0800665-18.2015.8.12.0011) 593

Prestação de Contas

Apelação cível. Prestação de contas. Extratos bancários. Saques. Contas com saldo “zero”. Contas poupanças. (0000091-36.2012.8.12.0010).....513

Registro e Licenciamento

Mandado de segurança. Obrigatoriedade de registro e licenciamento. Detran-MS. Domicílio fiscal. Unidade da federação. Princípio da não limitação ao tráfego de pessoas e bens. (1403634-53.2016.8.12.0000)...087

Reintegração de Posse

Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Rodovia federal. Concessionária de serviço público federal. Súmula n.º 150 do Superior Tribunal de Justiça. (1407732-81.2016.8.12.0000) 413

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Desfazimento de construção. Ocupação irregular de área pública. Atos de mera permissão ou tolerância. Domínio Público. Princípio da função social da propriedade. Direito à moradia. (0822418-32.2013.8.12.0001) 068

Reparação por danos morais

Reparação por danos morais. Administração pública. Servidor público. Liberação de documento a terceiro estranho. Direito à personalidade. (0000466-04.2012.8.12.0021).....211

Responsabilidade Civil

Apelação cível. Ação de reparação de danos materiais. Responsabilidade Civil do Município. Poda de grama. Arremesso de pedra. (0801077-05.2013.8.12.0015).....588

Responsabilidade Objetiva do Estado

Apelação cível. Ação indenizatória. Responsabilidade objetiva do estado. Policial militar. Disparos de arma de fogo. Abordagem policial. Culpa exclusiva da vítima. (0800804-16.2014.8.12.0007) 232

Usucapião Extraordinária

Apelação cível. Usucapião extraordinária. Prazo de vinte anos. Posse mansa e pacífica. *Animus domini*. Força *ad usucapionem*. Comodato. Prova testemunhal. (0800031-98.2011.8.12.0031) 561

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução Penal

Agravo em execução penal. Medida de segurança. Restabelecimento de direitos políticos. Integral cumprimento da sanção. (0003584-55.2016.8.12.0018).....614

Agravo em execução penal. Transferência de preso. Indeferimento. Interesse público. Garantia da ordem e segurança. Progressão de regime para semiaberto. (0026406-89.2016.8.12.0001).....641

Agravo Regimental

Agravo regimental. Crime atribuído a prefeito. Competência originária do Tribunal de Justiça. Renúncia do cargo. Princípio da identidade física do juiz. (1602581-24.2014.8.12.0000/50008).....654

Ato Infracional

Apelação criminal. Estatuto da criança e do adolescente. Tráfico de drogas. Medida socioeducativa. Substituição. Liberdade assistida. (0011217-05.2015.8.12.0002) 700

Conflito Negativo de Competência

Conflito Negativo de Competência. Crime de lesão corporal. Âmbito doméstico. Mulher com quem tem íntima relação de afeto. Orientação sexual. Vara da violência doméstica. (1601178-49.2016.8.12.0000)...741

Conflito Negativo de Competência. Crime de lesão corporal leve. Âmbito doméstico. Pai contra filha menor de idade. Vara da violência doméstica. (1600942-97.2016.8.12.0000) 733

Conflito Negativo de Competência. Violência doméstica. Crime de lesão corporal. Conexão instrumental. Vara especializada. (1600779-20.2016.8.12.0000).....636

Crime Ambiental

Habeas corpus. Crime ambiental. Teoria da dupla imputação. Responsabilização criminal empresarial. Trancamento da ação penal. (1410064-21.2016.8.12.0000).....703

Crime de Furto

Apelação criminal. Crime de furto qualificado. Continuidade delitiva. Princípio da insignificância ou bagatela. Pena-base exasperada. Regime prisional semiaberto. (0001604-69.2010.8.12.0055) 689

Apelação criminal defensiva. Crime de furto. Princípio da insignificância. Valor da *res furtiva*. Reprovabilidade da conduta. Contumácia delitiva. (0004342-44.2014.8.12.0005) 618

Crime de Estupro de Vulnerável

Apelação criminal. Crime de estupro de vulnerável. Desistência voluntária. Desclassificação. Contravenção penal. Importunação. (0005756-57.2012.8.12.0002).....718

Crime de Homicídio

Apelação criminal. Crime de homicídio. Modalidade tentada. Intempestividade. Confissão espontânea. Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. (0000807-73.2007.8.12.0031) 708

Crime de Lesão Corporal

Apelação criminal. Crime de lesão corporal. Culpa. Direção de veículo automotor. Absolvição. Princípio *in dubio pro reo* (0000231-32.2012.8.12.0055).....764

Apelação criminal. Crime de lesão corporal. Violência doméstica. Indenização à vítima. Danos morais. Princípios da ampla defesa e do contraditório. (0000044-69.2015.8.12.0006) 782

Crime de Porte Ilegal de Arma de Fogo

Apelação criminal. Crime de porte ilegal de arma de fogo. Desclassificação. Posse de arma de fogo. Atenuante. Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0061507-32.2012.8.12.0001).....749

Crime de Roubo

Apelação criminal. Crime de roubo seguido de lesão grave. Desclassificação. Modalidade tentada. Crime consumado. Abrandamento do regime prisional. (0000773-78.2015.8.12.0044).....671

Crime de Tráfico de Drogas

Embargos infringentes em apelação criminal. Crime de tráfico de drogas. Pretensão absolutória. Laudo de exame toxicológico. Nulidade de sentença. Absolvição. (0000714-39.2014.8.12.0040/50001).....723

Crime Militar

Apelação criminal. Crime militar. Polícia militar. Desacato a superior. Absolvição. Crime configurado. (0023701-89.2014.8.12.0001).....668

Fato Atípico

Apelação criminal. Fato atípico. Venda culposa de produto saneante sem registro. Princípio da ofensividade. Princípio da fragmentariedade. Princípio da subsidiariedade. Desacato. (0013984-84.2013.8.12.0002)....768

Apelação criminal. Punição administrativa. Insignificância da conduta. Fato atípico. (0201788-30.2011.8.12.0015) 745

Habeas Corpus

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Tráfico interestadual. Grande quantidade. Liberdade provisória. Batedor de estrada. Condições pessoais. Prisão preventiva. (1409619-03.2016.8.12.0000) 664

Agravo regimental em *habeas corpus*. Ação constitucional. Renúncia do advogado particular. Defensoria pública. Marcha processual. (1408960-91.2016.8.12.0000/50000).....683

Princípio da Insignificância

Apelação criminal. Crime de furto. Princípio da insignificância ou bagatela. Reincidência contra o patrimônio. (0000334-68.2012.8.12.0013) 630

Progressão de Regime

Agravo de execução penal. Pedido de progressão de regime. Exame criminológico. Discricionariedade do juiz. (0004956-87.2016.8.12.0002).....625

Regime Aberto

Agravo em execução penal. Condição do regime aberto flexibilizada. Atividade laboral. Curto período de apenamento. Ressocialização. (0000093-16.2016.8.12.0026).....622

Remição de Pena

Agravo em execução. Remição de pena. Estudo. Reeducando que frequentou bancos escolares. Inexigibilidade de aproveitamento mínimo. (0007683-30.2014.8.12.0021) 755

Revisão Criminal

Revisão criminal. Nulidade da ação penal. Insurgência tardia. Desconstituição da coisa julgada. Princípio *in dubio pro reo*. (1415409-02.2015.8.12.0000).....601

Suspensão Condicional do Processo

Recurso em sentido estrito. Suspensão condicional do processo. Descumprimento das condições impostas. Extinção da punibilidade. Revogação. Obrigatoriedade de intimação. (0101277-51.2007.8.12.0019) 649